

CONSULTA ONLINE

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO



2020

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

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 Carlassare
(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

VINCENZO BALDINI – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Cassino e Lazio Meridionale

MATTEO BURSI – Dottorando presso Fondazione Marco Biagi e cultore della materia in Diritto Pubblico dell'Economia ed in Diritto Finanziario

MARIA AGOSTINA CABIDDU – Professoressa ordinaria di istituzioni di diritto pubblico nel Politecnico di Milano

GIUSEPPE CAMPANELLI – Professore associato di diritto costituzionale nell'Università del Salento

ROSSANA CARIDÀ – Professoressa associata istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Catanzaro

DANIELE CASANOVA – Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Roma "La Sapienza"

ROBERTO CONTI – Consigliere della Corte di cassazione

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

FRANCESCO DAL CANTO – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Pisa

EUGENIO DE MARCO – Professore emerito di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Milano Statale

FEDERICO DEPRETIS – Dottorando di ricerca in Diritto pubblico nell'Università di Perugia

ROBERTO DI MARIA – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università Kore di ENNA

GUERINO FARES – Professore associato di diritto costituzionale nell'Università di Roma Tre

SILVIO GAMBINO – Professore emerito di Diritto pubblico comparato nell'Università di Cosenza

RAFFAELE GARGIULO – Magistrato – già Assistente di studio presso la Corte costituzionale

GIAN LUIGI GATTA – Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Milano Statale

FULVIO GIGLIOTTI – Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Catanzaro e componente del Consiglio superiore della magistratura

EDUARDO GIANFRANCESCO – Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Modena e Reggio Emilia

ANNA GRAGNANI – Docente a contratto in istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Firenze

CHIARA GRAZIANI – Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale interno, comparato ed europeo, nell'Università di Genova

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

GIANCARLO GUARINO – Professore ordinario fr. di diritto internazionale nell'Università "Federico II" di Napoli

ALESSANDRO LAURO – Dottorando in Diritto, Mercato e Persona presso l'Università Ca' Foscari di Venezia

ANGELO LICASTRO – Professore emerito di diritto ecclesiastico nell'Università di Messina

PATRIZIA MAGARÒ – Professoressa associata di diritto pubblico comparato nell'Università di Genova

COSTANZA MASCIOTTA – Assegnista di ricerca in diritto costituzionale nell'Università di Firenze

ALESSANDRA MAZZOLA – Dottoranda in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Brescia

MASSIMILIANO MEZZANOTTE – Ricercatore di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Teramo

CARLO PADULA – Professore associato di diritto costituzionale nell'Università di Padova

ROBERTO PINARDI – Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Modena e Reggio Emilia

ALESSANDRA PROZZO – Dottoranda in Discipline pubblicistiche nell'Università di Roma Tre

MARINA ROMA – Dottoranda in Diritto (curriculum pubblicistico) nell'Università di Genova

ROBERTO ROMBOLI – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Pisa

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA – Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Trieste

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

MARCO RUOTOLO – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Roma Tre

GIANMARIA ALESSANDRO RUSCITTI – Dottorando in Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema presso l'Università degli Studi di Teramo.

FIAMMETTA SALMONI – Professoressa ordinaria di istituzioni di diritto pubblico nell'Università Guglielmo Marconi - Telematica

SIMONE SCAGLIARINI – Professore associato di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Modena e Reggio Emilia

GIULIA SULPIZI – Dottoressa in Giurisprudenza e cultrice della materia in ELP-

Global English for Legal Studies presso l'Università di Padova, Scuola di Giurisprudenza.

VINCENZO TIGANO – Dottore di ricerca in Scienza, tecnologia e diritto nell'Università di Catania

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

LUIGI VENTURA – Professore emerito di diritto costituzionale nell'Università di Catanzaro

PATRIZIA VIPIANA – Professoressa ordinaria di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Genova

PAOLO ZUDDAS – Professore associato di istituzioni di diritto pubblico nell'Università dell'Insubria

INDICE
2020

Note di presentazione

ANNIVERSARI

21 maggio 1870 – 21 maggio 2020 Una Costituzione da “fine impero” **I**

9 dicembre 1820 – 9 dicembre 2020 Una rivoluzione nata vecchia? **VII**

PARTE I
STUDI

ROBERTO DI MARIA

Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”. *The final cut* **1**

VINCENZO TIGANO

Il divieto di accanimento terapeutico nella sfera del diritto penale: obblighi di garanzia del medico, autodeterminazione del paziente e rischio consentito **12**

EDUARDO GIANFRANCESCO

L’attuazione dell’art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano **34**

GUERINO FARES

L’obbligo di copertura finanziaria delle leggi che costano: qualche spunto alla luce del contributo offerto dalla Corte costituzionale **50**

COSTANZA MASCIOTTA

La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni **64**

PASQUALE COSTANZO

Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari **75**

ANTONIO RUGGERI Ancora in tema di abrogazioni per via referendaria di norme elettorali (nota minima a Corte cost. n. 10 del 2020)	78
MARCO RUOTOLO Le incompatibilità nella gestione delle farmacie. Un piccolo omaggio a mio fratello Antonio (in forma di nota alla sent. n. 11 del 2020)	80
ANNA GRAGNANI I «punti di contatto» fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritti costituzionali come «rapporti multipolari di diritto costituzionale» (Sindacato «complessivo» di proporzionalità e «regola generale di preferenza» in funzione di monito preventivo al legislatore nella sentenza 160/2019 della Corte costituzionale)	84
GIANCARLO GUARINO Migrazioni e migranti: per la ricostruzione di una prevalenza strutturale del diritto internazionale sul diritto interno	92
FEDERICO DEPRETIS Un caso di buon governo degli effetti temporali dell'incostituzionalità' (a margine della sentenza n. 246 del 2019)	127
ANTONIO RUGGERI Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)	137
PASQUALE COSTANZO Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0	158
ANTONIO RUGGERI La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto	161
CARLO PADULA Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge	173

TANIA GROPPI Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale	192
CHIARA GRAZIANI Brexit, Regno Unito e Coronavirus: le questioni aperte	197
GIAN LUIGI GATTA I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena	200
ANTONIO RUGGERI Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti	210
ANTONIO RUGGERI Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina	224
ANGELO LICASTRO Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia	229
PASQUALE COSTANZO Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità	242
PATRIZIA MAGARÒ La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del COVID-19 (uno sguardo d'insieme)	249
ANTONIO RUGGERI La forma di governo nel tempo dell'emergenza	255
ALESSANDRO LAURO BIS IN "NIET" (a margine dell'ord. n. 60/2020 della Corte costituzionale)	261
RAFFAELE GARGIULO Il processo costituzionale telematico: prospettive	272

ANTONIO RUGGERI Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto: un ossimoro costituzionale?	284
FIAMMETTA SALMONI Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul <i>Quantitative easing</i>: un decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES	289
ALESSANDRO ROSARIO RIZZA Il decreto legge anomalo nel sistema delle fonti	293
GIANMARIA ALESSANDRO RUSCITTI Libertà religiosa e governo del territorio: le linee guida della Consulta nella sentenza 254/2019	303
ANGELO LICASTRO <i>La Messe est servie</i>. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa	312
FRANCESCO DAL CANTO Il giudizio in via principale nella novella delle <i>Norme integrative</i> del gennaio 2020	324
ALESSANDRO ROSARIO RIZZA L'ordinanza n. 84 del 2020 della Corte costituzionale: note processuali su una pronuncia di altri tempi	329
MARINA ROMA Tendenze della giurisprudenza costituzionale sulla regola di copertura finanziaria delle leggi. Tra <i>equilibrio di bilancio</i> e <i>"ragionevole"</i> quantificazione degli oneri	336
CHIARA GRAZIANI Libertà di culto e pandemia (Covid-19): la Corte Suprema degli Stati Uniti divisa	357

EUGENIO DE MARCO <i>Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus</i>	369
LUIGI VENTURA Diritto e fatti	378
MATTEO BURSI <i>La sentenza del BVerfG sul Public Sector Purchase Programme: un'Europa sempre più difficile</i>	385
ANTONIO RUGGERI <i>Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)</i>	406
PAOLO ZUDDAS Pregiudizi digitali e principio di precauzione	408
VINCENZO BALDINI <i>L'emergenza costituzionale alla luce degli interrogativi kantiani. Una prospettiva di metodo per l'analisi dell'esperienza</i>	426
GIUSEPPE CAMPANELLI <i>Carta sociale europea e CEDU: rapporto tra parametri e puntualizzazione delle differenze</i>	435
SIMONE SCAGLIARINI – ROBERTO PINARDI <i>La durata del processo della Corte nei conflitti tra poteri dello Stato: spunti e riflessioni a partire da una ricerca empirica.</i>	442
SILVIO GAMBINO <i>Quale centralità del Parlamento se si procedesse al taglio del numero dei parlamentari?</i>	470
ROBERTO PINARDI <i>Conflitto tra poteri e referendum confermativo: alcune annotazioni critiche sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 195 del 2020</i>	478

EUGENIO DE MARCO

Riduzione del numero dei parlamentari e riforma del sistema elettorale. *Qualche considerazione su un abbinamento contrassegnato da criticità* 484

ANTONIO RUGGERI

Il processo costituzionale nel pensiero di P. Carrozza e nei più recenti e salienti sviluppi dell'esperienza 491

ANTONIO RUGGERI

Note minime in tema di revisioni costituzionali ad oggetto eccessivamente circoscritto (traendo spunto dal "taglio" dei parlamentari) 509

ROBERTO ROMBOLI

L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano 513

ALESSANDRA MAZZOLA

Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato" 545

ANTONIO RUGGERI

Ancora su *Cappato* e la progettazione legislativa volta a dare seguito alle indicazioni della Consulta 555

FULVIO GIGLIOTTI

Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura e permanenza in carica. *Le ragioni (esclusivamente tecniche) di un voto* 563

ROBERTO CONTI

CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti 578

ROSSANA CARIDÀ

Notazioni minime su *amici curiae* ed esperti nel processo costituzionale 601

PATRIZIA VIPIANA

La critica mancanza, nel regolamento della Camera, di una disciplina sul seguito dell'iniziativa legislativa popolare 725

GIULIA SULPIZI

Donne e rappresentanza politica: la prospettiva comparata per valorizzare la differenza di genere 732

ANGELO LICASTRO

Annotazioni sugli standard di tutela della libertà di culto nella seconda fase di gestione della pandemia (spunti per una comparazione tra Italia, Francia e Stati Uniti d'America) 768

ABSTRACT

789

CRONACHE DALLA CORTE COSTITUZIONALE



CRONACHE DALLE ISTITUZIONI



CRONACHE DALL'UNIONE EUROPEA



Note di presentazione

Si presenta anche quest'anno la versione completa 2020 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, i quali ne assicurano da circa vent'anni una diffusione estremamente ampia.

Del resto, un altissimo numero di lettori testimonia la propria attenzione anche con la ricezione dell'apposita newsletter o con la presenza nelle pagine facebook e twitter.

In costante crescita è la quantità di citazioni che fanno riferimento ai contributi della Rivista, a continua riprova del suo ruolo nel dibattito scientifico e professionale.

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

21 MAGGIO 1870

Una Costituzione “da fine impero”*

1. La [Costituzione imperiale francese del 1870](#), di cui il 21 maggio ricorre il 150° anniversario, è suscettibile dal punto di vista giuridico-istituzionale di una duplice considerazione: in un primo senso, può essere riguardata come un documento dotato di spiccata autonomia in quanto frutto immediato delle particolari circostanze storico-politiche del momento; in un senso diverso, vi si può vedere l'esito di un'evoluzione che il regime autocratico di Napoleone III prese a subire già dopo la fase di consolidamento.

Del Secondo Impero francese sono abbastanza note le origini, così che pare che ci si possa limitare qui a ricordare la sua genesi nei termini di un vero e proprio colpo di Stato. Il primo Presidente eletto della Seconda Repubblica (elezioni del 10 e 11 dicembre 1848), appunto Luigi Napoleone Bonaparte, nipote di Napoleone il Grande, riesce, infatti, a partire dalla [Proclamazione del 2 dicembre 1851](#), nell'intento di occupare militarmente le istituzioni e i gangli vitali della società francese (dopo aver sciolto l'assemblea legislativa a cui fa da pendant la reintroduzione del suffragio universale maschile), e a cogliere l'obiettivo dell'avallo popolare nel plebiscito del 20 e 21 dicembre 1851 (favorevoli al Proclama del futuro Imperatore: 7.500.000 elettori, contrari 600.000, astenuti

1. 500.000). Un plebiscito, questo, svoltosi all'insegna del primato politico della volontà popolare su quello giuridico della Costituzione, fornendo un chiaro esempio di quel moderno populismo, fondato sull'alleanza tra autoritarismo e democrazia, che aveva già innervato l'epopea del primo Napoleone.

Le evoluzioni successive del regime saranno il riflesso del diverso dislocarsi delle forze politiche in campo a favore o contro Napoleone III, nessuna delle quali, peraltro, concretizzerà mai un vero e proprio partito dell'Imperatore. Ciò di cui lo stesso interessato manifestava consapevolezza, se si deve credere all'affermazione frequentemente riportata:

«Quel gouvernement que le mien! l'Impératrice est légitimiste, Napoléon-Jérôme républicain, Charles de Morny, orléaniste; je suis moi-même socialiste. Il n'y a de bonapartiste que Persigny: mais Persigny est fou!». Strada facendo, infatti, l'aggregazione di idee e d'interessi (soprattutto i cattolici e l'alta borghesia di propensioni conservatrici), che aveva sostenuto il colpo di Stato e l'elevazione di Luigi Napoleone alla dignità imperiale, comincerà a sfaldarsi o, comunque, a cambiare fisionomia.

2. Più tecnicamente, la situazione fu stabilizzata dal [Senatoconsulto del 25 dicembre 1852](#), che emendò e aggiornò (perlopiù con modifiche formali e volgendola alla versione imperiale), la [Costituzione del 14 gennaio 1852](#), che lo stesso Luigi Napoleone aveva fatto celermente redigere per offrire un quadro giuridico (ancora, peraltro, di stampo repubblicano) alla situazione determinatasi con la sua scalata al potere assoluto.

L'intento dichiarato era stato di restaurare «le système créé par le Premier consul», sicché il Consolato di Napoleone veniva candidato a costituire un precedente sotto diversi aspetti. Tale regime, infatti, era stato, anch'esso, originato da un colpo di Stato (18 brumaio dell'anno VIII-9 novembre 1799), cancellando le ultime vestigia istituzionali della Rivoluzione, ossia il sistema direttoriale, così come il colpo di Stato del 1851 avrebbe mandato in archivio la tormentata esperienza della Repubblica sorta dalla Rivoluzione del 1848. La vicenda, com'è noto, occasionò il sarcasmo di Marx per cui “La storia si ripete sempre due volte: la prima volta come tragedia, la seconda come farsa”.

* Contributo della direzione privo di referaggio

Come avvenuto per il Consolato, anche nel 1852 si passò rapidamente da una situazione sospesa e provvisoria ad un regime cesarista saldo ed organizzato con la ridetta Costituzione del 25 dicembre, mentre una vistosa differenza (a parte ovviamente quanto si osserverà circa il disegno della struttura di potere) può essere vista nell'origine popolare dei poteri costituenti del futuro imperatore, legittimati ex ante dal [Plebiscito del dicembre 1851](#), a cui ci si richiama già nel [Preambolo del citato testo del 14 gennaio 1852](#). Inoltre, il sistema istituzionale, che, nel corso dell'anno seguente, andò progressivamente ad assestarsi, ebbe ad assomigliare solo marginalmente a quello della Costituzione dell'anno VIII per assimilarsi piuttosto a quella dell'anno X.

3. Assai sinteticamente, il potere esecutivo e di direzione politica risulta tutto rimesso nelle mani del Capo dello Stato (Principe-Presidente e poi l'Imperatore), coadiuvato da un Ministero alle sue strette dipendenze, e particolarmente dal Consiglio di Stato per le funzioni di natura normativa (art. 3). In questo ruolo, il Capo dello Stato è dichiarato responsabile solo davanti al popolo, al quale ha sempre la facoltà di fare appello (art. 5).

Il potere legislativo è in vario modo condiviso (art. 4; ma non quello di revisione costituzionale attribuito alla sola Camera Alta) tra il Principe-Presidente e un Parlamento bicamerale (il Senato, composto da membri di esclusiva nomina da parte del Capo dello Stato, oltre a certi membri di diritto ex art. 20; ed il Corpo legislativo, reso elettivo a suffragio universale con un mandato di sei anni ex art. 36). A Luigi Napoleone spetta però in esclusiva l'iniziativa delle leggi, appartenendogli anche il potere di veto nei confronti delle stesse e dei Senatoconsulti. Il Corpo legislativo appare, dal suo canto, privo di qualsiasi autonomia organizzativa (essendo l'approvazione del regolamento interno e la nomina del Presidente di assemblea conferite entrambe all'Esecutivo). Finalmente, le sorti stesse di questo ramo del Parlamento si trovano nelle mani del Capo dello Stato, a cui soltanto spetta di convocarlo, aggiornarlo, prorogarlo e scioglierlo (art. 46).

Per quanto riguarda il potere giudiziario, esso si configura (art. 7), nonostante talune garanzie promesse nel Preambolo, molto prossimo ad un sistema di giustizia ritenuta (un'Alta Corte di giustizia, poi, avrebbe giudicato in un'unica istanza ex art. 54 sui crimini contro il Capo dello Stato e la sicurezza interna ed esterna dello Stato).

Sull'impianto organizzativo del gennaio era intanto intervenuto il [Decreto imperiale del 2 dicembre 1852](#), di ratifica del [Senatoconsulto del precedente 7 novembre 1852 plebiscitato il 21 e 22 dello stesso mese](#), con ciò innestandosi un radicale cambiamento della forma di Stato, con il passaggio dalla Repubblica (anche se, com'è noto, il mandato di Luigi Napoleone era stato plebiscitariamente fissato in dieci anni) alla Monarchia imperiale.

4. Successivamente, non furono poche le revisioni costituzionali che la stessa Costituzione dichiarava, come già accennato, adottabili a mezzo di Senatoconsulti qualora le corrispondenti proposte, sempre di origine senatoriale, fossero state accolte dal Potere esecutivo (art. 31) o non avessero richiesto, in quanto riguardanti le "bases fondamentales" recate dalla [ridetta Proclamazione del 2 dicembre 1851](#), anche l'approvazione plebiscitaria del popolo (art. 32).

La natura di queste revisioni si coglie soprattutto in relazione alla fase istituzionale considerata, sicché facendo senz'altro nostra la distinzione correntemente operata tra una prima fase prettamente autoritaria (1852-1860) del Secondo Impero e una seconda più liberaleggiante (fino al 1870), si avverte la portata interna ed organizzativa della Corona dei due Senatoconsulti del [23 aprile](#) e del [17 luglio 1856](#), dedicate, rispettivamente, alla Lista civile e alla Dotazione della Corona stessa e all'istituto della Reggenza. Più precisamente, anche il secondo Senatoconsulto, pur non presentandosi come un intervento di revisione, può ritenersi, a motivo del suo tenore, una legge d'integrazione della Costituzione e non "semplicemente" di attuazione (ruolo normale tipico di detta fonte). Una modifica diretta (dell'art. 35 della Costituzione) fu invece recata dal Senatoconsulto del

27 maggio 1857 allo scopo di riproporzionare la rappresentanza numerica dei Dipartimenti nel Corpo legislativo nel quadro di una più generale riforma degli enti territoriali.

Di diverso segno, anche se non connesso ad una riforma costituzionale, ma certamente pregnante per il concreto funzionamento della rappresentanza elettiva, fu il [Senatoconsulto del 17 febbraio 1858](#), diretto ad esigere il giuramento previo di obbedienza alla Costituzione e di fedeltà all'Imperatore da parte dei candidati all'elezione a deputato come condizione di eleggibilità. In tal modo, quasi a chiusura di un quadro ormai prossimo al totalitarismo, si tentava di premunirsi anche soltanto contro i fastidi di minoranze parlamentari disomogenee rispetto al regime (per il resto, come riferiscono le cronache, risultava efficace l'azione dei Prefetti).

5. Dalle revisioni del decennio successivo (anche se non tutte) emerge, invece, una tensione più di sistema che, a partire da quelle del 1861 ([2 febbraio](#) e [31 dicembre](#)), variamente rilancia il ruolo delle assemblee parlamentari (ma un peso importante nello stesso senso ebbero anche altri documenti normativi come, specialmente, il precedente [Decreto imperiale del 24 novembre 1860](#)), così che l'ordinamento cominciò a modificare alcune delle sue sembianze, preparando la strada al più radicale mutamento di volto di cui alla [Costituzione del 1870](#) rievocata in queste sintetiche note.

Con riferimento più specifico alla normativa imperiale del 1860 dianzi richiamata (e della collegata Circolare del 7 dicembre), occorre ricordare come grazie ad essa fu riconosciuto (restituito) alle Camere il potere, tipicamente collegato al governo parlamentare, di adresse nei confronti dell'Esecutivo (in replica al Discorso del Trono). Per questo motivo v'è concordia nell'individuare nel 1860 un tornante decisivo nella vicenda del Secondo Impero.

Vi concorse però un altro avvenimento, ossia il sostegno militare francese al Piemonte sabauda nella Seconda Guerra d'Indipendenza, che costituì un passaggio fondamentale nel processo di unificazione nazionale italiana.

Il successo francese nella battaglia di Solferino aveva già offerto l'occasione a Luigi Napoleone per varare nell'agosto 1859 un'amnistia generale, che ebbe l'effetto di ridare fiato alle opposizioni politiche, laddove molte simpatie dei suoi tradizionali sostenitori andavano affievolendosi (principalmente dei cattolici a causa dell'appoggio dato ai Savoia nell'acquisizione di territori del Papato, nonché degli industriali per la politica liberoscambista inaugurata con il Regno Unito).

Se, dunque, l'introduzione dell'adresse sembrava aver conferito un'allure filoparlamentare al regime, conferme più sostanziose vennero dai due Senatoconsulti di revisione costituzionale del 1861, anch'essi già evocati, con cui, rispettivamente, veniva finalmente resa lecita la circolazione all'esterno dei dibattiti parlamentari (2 febbraio); e si dotava il Corpo legislativo, nel votare i capitoli del bilancio, del potere di censurare la gestione finanziaria dei corrispondenti Ministri (31 dicembre).

6. Più in generale, ne scaturì un diverso clima politico grazie al quale fu incoraggiato il proseguimento del percorso innovatore che lo stesso Sovrano sembrava aver voluto inaugurare. Come una grave battuta di arresto fu pertanto avvertita l'iniziativa dello stesso Luigi-Filippo volta a blindare la Costituzione nei confronti dei movimenti riformatori, recata dal [Senatoconsulto del 18 luglio 1866](#) (di riforma degli artt. 40 e 41 della Costituzione). Vietando addirittura che della Costituzione si discutesse al di fuori della sede istituzionale sua propria, ossia il Senato, e sanzionando anche qualsiasi discussione tendente a criticare o a modificare la Costituzione sulla stampa o sui manifesti, si era evidentemente pensato di rendere la Costituzione ancora più intangibile (in controtendenza, peraltro, risulta, nel medesimo atto, l'allungamento della durata della sessione parlamentare).

Ma un'ulteriore accelerazione verso la liberalizzazione del sistema venne ancora una volta dall'esterno dell'ordinamento.

Luigi Napoleone, fiaccato nel suo prestigio da vicende come il ritiro un po' inglorioso delle truppe francesi dal Messico (dove era stata sostenuta la causa dello sfortunato Massimiliano d'Austria) e, soprattutto, rappresentandosi il probabile destino di un conflitto franco-prussiano dopo il rafforzamento della Prussia a Sadowa, apre infatti la via ad un ammorbidimento del regime e ad una riconciliazione generale almeno con le forze del centro moderato, constatando che "Depuis quelques années on se demande si les institutions impériales ont atteint leur limite de perfectionnement, ou si de nouvelles améliorations doivent être réalisées. De là naît une incertitude regrettable qu'il faut faire cesser".

C'è, tuttavia, da ritenere che tale attitudine abbia avuto più il merito di creare una situazione di distensione e di sicurezza istituzionale che non quello di far progredire realmente in senso liberale il quadro costituzionale.

Un primo passo dell'Imperatore fece infatti sorgere dubbi sulle sue reali intenzioni, in quanto sostituendo l'adresse di ancor recente istituzione con l'interpellanza individuale, di quest'ultima, a motivo delle cautele imposte, veniva reso abbastanza difficoltoso l'esercizio. Che, poi, l'aumentato attivismo del Corpo legislativo (e delle forze politiche) stesse seriamente preoccupando Luigi-Filippo viene desunto dalla revisione costituzionale recata dal [Senatoconsulto del 14 marzo 1867](#) (concernente l'art. 26 della Costituzione). In questo frangente, il Senato, già in origine facoltizzato ad opporsi alla promulgazione di una legge in determinati casi, tra cui quello della contrarietà del testo alla Costituzione, venne, infatti, autorizzato a richiedere su una legge, con una risoluzione motivata, una nuova deliberazione dell'organo legislativo, che avrebbe avuto luogo, tranne la dichiarazione d'urgenza da parte dello stesso Senato, nella successiva sessione. Ciò che, peraltro, lasciava intatta la facoltà, in caso di riapprovazione, di impedire la promulgazione nei casi già previsti. Insomma, che siffatta revisione fosse attuata allo scopo di permettere una più diretta, ma tecnicamente mimetizzata, intromissione dello stesso Imperatore nell'operato legislativo furono in molti a pensarlo.

7. A tale ambivalente quadro sembrò por fine l'iniziativa imperiale tesa a varare «réformes utiles» in favore della libertà di stampa e della libertà di riunione. Riforme vissute in effetti come promesse da mantenere. Nella relazione alla legge sulla stampa (11 maggio 1868), che si rivelò per vero tormentata nel suo confezionamento e che in pratica andava a sostituire all'obbligo di autorizzazione preventiva quello di una semplice dichiarazione, si legge: "Il est la loyale exécution d'une auguste promesse; il est une réforme de plus ajoutée à d'importantes réformes. Fonder l'autorité au milieu d'une société déchirée, fut le premier devoir de la politique impériale, affranchir l'initiative individuelle, quand le pouvoir est fondé et les passions apaisées, est sa seconde mission".

Quanto alla legge sulle riunioni pubbliche (6 giugno 1868), che incontrò non minori ostacoli sul suo cammino, ricordiamo, nei termini sintetici che sono richiesti in questa sede, come essa liberalizzasse (non era più necessaria l'autorizzazione preventiva, che rimaneva per le associazioni) tutte le riunioni, da tenersi, si badi, comunque in luoghi chiusi e coperti e con cadenza di orario, che non avessero ad oggetto questioni religiose e politiche (per quelle elettorali, sebbene politiche, valse però un regime meno stringente).

La vicenda più significativa coincise, tuttavia, con le elezioni del 1869, al cui risultato concorsero evidentemente le riforme predette. Dai turni svoltisi il 23 e 24 maggio, e il 6 e 7 giugno, le forze di governo uscirono notevolmente ridimensionate e, per converso, quelle di opposizione conobbero un successo esaltante. Detta circostanza piegò il corso degli eventi in senso nettamente riformatore. Lo stesso Imperatore in un messaggio del 12 luglio successivo al Corpo legislativo traccia così le linee della prossima conversione dell'Impero in senso filoparlamentare:

"1° Attribution au Corps législatif du droit de faire son règlement intérieur et d'élire son bureau.

2° Simplification du mode de présentation et d'examen des amendements.

3° Obligation pour le Gouvernement de soumettre à l'approbation législative les modifications de tarifs qui seraient dans la suite stipulées par des traités internationaux.

4° Vote du budget par chapitres afin de rendre plus complet le contrôle du Corps législatif.

5° Suppression de l'incompatibilité, qui existe actuellement entre le mandat de député et certaines fonctions publiques, notamment celles de Ministre.

6° Extension de l'exercice du droit d'interpellation.

Mon Gouvernement étudiera aussi les questions qui intéressent les attributions du Sénat".

Non omettendo però di aggiungere le seguenti essenziali precisazioni:

"Les modifications que je suis décidé de proposer sont le développement naturel de celles qui ont été successivement apportées aux institutions de l'Empire; elles doivent d'ailleurs laisser intactes les prérogatives que le peuple m'a plus explicitement confiées".

8. *Di un tale solenne impegno costituirono gli esiti sia il [Senatoconsulto dell'8 settembre 1869](#), di revisione di diversi articoli della Costituzione, degli artt. 3 e 5 del Senatoconsulto del 22 dicembre 1852 e dell'art. 1 del Senatoconsulto del 31 dicembre 1861, sia il [Decreto imperiale dell'8 novembre 1869](#), concernente i rapporti tra il Governo, le due Camere ed il Consiglio di Stato.*

Il problema di fondo che si pose fu quello di passare dalle parole (scritte) ai fatti. O come scrisse il 18 novembre all'Imperatore esitante, forse un po' frastornato per il precipitare degli eventi e certamente assai malato, Emile Ollivier, il candidato (repubblicano convertito all'impero) più quotato a comporre un Gabinetto che riflettesse finalmente la situazione venutasi a determinare: "Votre sénatus-consulte a été une transformation dans les choses, il faut que mon avènement soit une transformation dans les personnes".

La revisione costituzionale non aveva certamente configurato un Gabinetto emancipato politicamente dal Sovrano, e di necessità era il riflesso della composizione politica della Camera elettiva, nonché responsabile di fronte a questa, ma neanche avrebbe ostacolato una convergenza fattuale su tale soluzione. Ciò che, peraltro, avvenne a cavallo tra il vecchio ed il nuovo anno, sì che Emile Ollivier poté formare quello che sarebbe stato definito il "Ministère des 'honnêtes gens'" e il 10 gennaio, presentandolo al Corpo legislativo, pronunciò le fatidiche parole: "Il est nécessaire que nous jouissions de la confiance du Souverain. Il est nécessaire en outre que votre confiance vienne s'ajouter également à celle du Souverain".

Questa stessa affermazione non mancava però di ambivalenza: quella derivante dall'evidente impossibilità di emarginare l'Imperatore dal circuito politico. Ciò si rifletterà più o meno visibilmente nel testo del [Senatoconsulto del 20 aprile 1870](#), di poi ratificato (con 7.358.000 voti favorevoli e 1.538.000 contrari) nel [plebiscito dell'8 maggio successivo](#) e confluito definitivamente nella Costituzione promulgata con il [Senatoconsulto del 21 dello stesso mese](#).

9. *Prima di dedicare alcune brevi conclusioni al sistema costituzionale così introdotto, mette conto di ricordare come esso non abbia poi trovato occasione di essere messo realmente alla prova, anche se la serie delle disfatte francesi nella guerra dichiarata alla Prussia, il 19 luglio seguente, fecero in tempo a provocare il rovesciamento parlamentare del governo Ollivier, il 9 agosto, e l'insediamento, il successivo 10, del nuovo Ministero capeggiato da Charles Cousin-Montauban, conte di Palikao.*

Il disfacimento del Secondo Impero si compie, tuttavia, a seguito della disastrosa, per le sorti francesi, battaglia di Sedan del 1° settembre, e della Rivoluzione parigina che vi seguì il 4 settembre, giorno in cui l'Imperatore, intanto tradotto come prigioniero di guerra al castello di Wilhelmshöhen, fu dichiarato decaduto dalla nascente Repubblica. Il giorno successivo anche il Corpo legislativo fu sciolto ed il Senato soppresso.

Resta, dunque, da chiedersi (anche se è una domanda sicuramente troppo impegnativa per una sede agile come questa) se la (straordinariamente) effimera Costituzione del 1870 abbia lasciato qualche impronta nella successiva evoluzione costituzionale francese.

Quale che sia la risposta, occorre ricordare come essa si sia collocata non solo alla fine di un periodo, quello del Secondo Impero, ma ha costituito addirittura l'ultimo sussulto della stessa forma di Stato monarchica nell'esperienza d'Oltralpe: la numerazione delle successive Repubbliche avverrà, del resto, senza più alcuna soluzione di continuità (ed anche la drammatica vicenda di Vichy sarà d'impronta repubblicana).

La linea dinastica dei napoleonidi, solo nel clima d'incertezza che durerà fino all'approvazione delle leggi costituzionali del 1875, accamperà ancora qualche pretesa nella competizione tra ex case regnanti nella prospettiva sempre più illusoria di una restaurazione monarchica.

La III Repubblica sarà, com'è noto, iperparlamentare e refrattaria all'idea di un Capo dello Stato più che simbolico. La mal-aimée (come è stata definita la IV Repubblica) avrà anch'essa il suo baricentro nella rappresentanza parlamentare, ma ancora più in balia dei partiti rispetto alla Repubblica precedente, giungendo a dissolversi dopo appena poco più di due lustri di vita.

Anniversario

9 DICEMBRE 1820* *Una rivoluzione nata vecchia? ***

1. Ricorre il 9 dicembre il secondo centenario dell'approvazione parlamentare, avallata con decreto reale, della "[Costituzione politica del regno delle due Sicilie del 9 dicembre 1820](#)", o, come nel suo Preambolo solennemente si afferma, "la costituzione politica per lo buon governo e per la retta amministrazione dello Stato".

La data è scelta a motivo della sua particolare connotazione istituzionale nel quadro del non certo propizio periodo in cui l'approvazione parlamentare avvenne. Anche altre date, infatti, potrebbero avere un significativo rilievo, dato che, guardando al passato, la Costituzione così approvata faceva, in realtà, seguito (andandolo a novellare) al testo, calcato direttamente (e non senza porre problemi di esatta traduzione) sulla [Costituzione liberale di Cadice](#), già promulgato il precedente 7 luglio da Francesco, figlio del re Ferdinando, in qualità di vicario regio, con riserva, tuttavia, delle "modificazioni che la rappresentanza nazionale, costituzionalmente convocata, crederà di proporci per adattarla alle circostanze particolari dei reali domini". Per vero, sul medesimo testo, anche lo stesso Ferdinando, viste le rimostranze popolari, reputò saggio di giurare, in guisa di ratifica, il 12 successivo, salve anche qui "quelle modificazioni che la rappresentanza Nazionale Costituzionalmente convocata adotterà" (ebbe a controfirmare in entrambi i casi il politico "di lungo corso" e ministro dell'interno, Giuseppe Zurlo).

Guardando, invece, al futuro, la Costituzione approvata dal Parlamento nella ridetta data del 9 dicembre 1820 rimase in certo modo sospesa a causa di taluni rilievi espressi dal vicario regio (particolarmente circa l'esatta fisionomia del Consiglio di Stato), restando però praticamente invariata quando egli definitivamente vi aderì il 29 gennaio dell'anno seguente.

In tutti i casi, la Costituzione qui rievocata si ispirava, come accennato, al modello costituzionale gaditano del 19 marzo 1812, prendendo, quindi, le distanze (pur subendone qua e là le suggestioni) da altri precedenti auctotoni: quali, in particolare, il mai decollato [Progetto di Costituzione della Repubblica napoletana del 1799](#), la [Costituzione siciliana del 1812](#) (di fatto mai applicata: ma, nell'occasione, ritenuta dal Vicario "più ragionevole assai" di quella costretto a promulgare), e, ancora, [la Costituzione murattiana del 1815](#) (quasi subitaneamente perita con il suo autore).

La vigenza del testo nel tempo fu piuttosto breve, coincidendo con il cd. Nonimestre costituzionale, ossia, dai primi giorni del luglio 1820 fino all'ingresso a Napoli, su impulso della Santa Alleanza, delle armate austriache forti di 50.000 uomini, il 23 marzo 1821, destinate, peraltro, a trattenersi a lungo con drammatico sovraccarico delle finanze statali. Fu, dunque, una parabola temporale notevolmente più breve rispetto al Trienio costituzional spagnolo, che risulta qui di particolare importanza, dal momento che, almeno idealmente, l'innescò dei moti carbonari all'origine della concessione costituzionale era stato costituito proprio dalla rivoluzione spagnola e dal ripristino, il 10 marzo 1820, della [Costituzione di Cadice](#) da parte del re Ferdinando VII (eventi, peraltro, seguiti nei mesi precedenti con appassionata attenzione dalla stampa e dall'opinione pubblica napoletane fin dal loro primo manifestarsi).

2. Per comprendere, tuttavia, appieno la genesi dell'importante atto costituzionale, ben altri approfondimenti sarebbero necessari rispetto a quelli consentiti da questa semplice memoria: ci si accontenterà, pertanto, di una rapida sintesi, arrestandosi, inoltre, nel risalire il corso del tempo, a quegli snodi essenziali della vicenda costituzionale europea contemporanea che furono i deliberati del Congresso di Vienna.

* Contributo della direzione privo di referaggio.

** Il titolo allude al giudizio complessivamente espresso da Benedetto Croce, nel cap. I della sua *Storia del Regno di Napoli*, Laterza Bari, 1a ed., 1924, per cui si veda, *infra*, nel testo.

Già a ridosso, del resto, di tale epocale evento, decisivi fatti politici e d'arme avevano percorso la Penisola, susseguendosi, tra gli altri, il 30 marzo 1815, il fatidico proclama di Rimini di Gioacchino Murat (re di Napoli dal 1808), la promulgazione, sempre per sua volontà, con pari data (ma con tutta probabilità da posticiparsi alla metà del maggio successivo) di una nuova (la già evocata) [Costituzione del Regno](#), nonché la morte per fucilazione, il 15 ottobre seguente, dello stesso Murat, quando, già, dunque, era stato ripristinato il trono dei Borbone.

Ferdinando IV di Napoli (ma III come re di Sicilia) aveva, infatti, riacquisito le sue prerogative dinastiche in forza del [Trattato di Casa Lanza](#) (sottoscritto a Capua il precedente 20 maggio) in attuazione dell'art. 104 dell'Atto finale del Congresso di Vienna, stipulante che "S.M. il Re Ferdinando IV è ristabilito, sia per sé che per i propri eredi e successori, sul trono di Napoli, e riconosciuto dalle Potenze come Re del Regno delle Due Sicilie".

A completamento del processo di restaurazione borbonica si pose, poi, la promulgazione della ["Legge fondamentale del Regno delle Due Sicilie" dell'8 dicembre 1816](#), con cui i due Regni, tradizionalmente autonomi, di Napoli e della Sicilia, furono definitivamente accorpati, assumendo Ferdinando il nuovo titolo (con l'ordinale I) di re delle due Sicilie. Così che anche la precedente unione personale venne meno per effetto dalla fusione dei due Regni posti al di là e al di qua dello Stretto (o, come da tempo assai risalente si diceva: al di là e al di qua del Faro).

La "Legge fondamentale" appena menzionata non ambiva certamente a rappresentare quella "più energica e (...) più desiderabile delle Costituzioni" già promessa dallo stesso Ferdinando col proclama palermitano del 1° maggio 1815, proponendosi essenzialmente di regolare per l'avvenire pochi, ma indispensabili, meccanismi della vita costituzionale dello Stato, quali la successione dinastica, la fissazione nel monarca dell'origine delle leggi, dei decreti e di tutti gli atti emessi in suo nome dai funzionari pubblici preposti all'amministrazione e alla giurisdizione, l'istituzione di una struttura di governo al servizio dello stesso re imperniata su Segreterie di Stato a cui erano preposti Ministri con potere di controfirma (art. 215) e su di un Consiglio di Stato di nomina regia (anche se su proposta parlamentare: art. 223), di cui il Re avrebbe dovuto raccogliere un semplice "parere in tutti gli oggetti gravi di governo, segnatamente per dare o negar la sanzione alle leggi, per dichiarare la guerra, e per stipulare i trattati" (art. 226).

Ancora: al ripristino legitimista non potè considerarsi estranea la conclusione, il 16 febbraio 1818, del Concordato con Pio VII, con cui furono rispolverati i privilegi ecclesiastici aboliti nel Decennio francese allorché si era inteso sottrarre il Regno meridionale alla pressante invadenza papale (si ricordi che lo Stato della Chiesa considerava quello di Napoli suo vassallo).

3. Se, di necessità, si è costretti a trattare solo superficialmente anche tale periodo, ossia il cd. quinquennio ferdinando (1815-1819), occorre almeno ricordare le sue caratteristiche contraddittorie dovute sia alla forte continuità con il Decennio francese (talune clausole dello stesso [Trattato di Casa Lanza](#) avevano mirato, esse stesse, a consolidare certi acquis organizzativi del periodo murattiano e su questa linea ebbe a muoversi l'abile primo Ministro Luigi de' Medici), sia ad un grande immobilismo (tale persino da riuscire a riportare il bilancio in pareggio!). Si stima, del resto, che, all'origine dei successivi fatti rivoluzionari, più che qualche causa specifica, ci sia stato il diffuso scollamento tra le istituzioni di una monarchia sempre più autocentrica e consistenti ceti sociali. Ragione, questa, che, non percepita evidentemente dagli apparati amministrativi centrali e periferici, finì per inasprire lo scontento sia delle classi più benestanti, dove continuò a fiorire quella Carboneria "costituzionale" che era germogliata in funzione antimurattiana, sia di quelle più emarginate, dove sovente allignò la mala pianta del brigantaggio.

Ed è proprio da alcuni moti carbonari, esplosi come un fulmine a ciel sereno in una situazione sostanzialmente stagnante, che conviene ora prendere, più nel dettaglio, le mosse, distinguendo, altresì, nell'ambito del pur breve periodo che si andrà a considerare, tre fasi, ciascuna di durata grosso modo trimestrale.

La prima di tali fasi, nonostante il già ricordato subitaneo intervento di un testo costituzionale, presenta un carattere transitorio tra due differenti (e confliggenti) sistemi politici e giuridici. Essa

esordisce con la sollevazione, nella notte tra il 1° e il 2 luglio 1820, guidata dai militari borbonici Michele Morelli e Giuseppe Silvati, sostenuti dal curato di Nola Luigi Minichini e subito appoggiati dal generale Guglielmo Pepe, e termina con l'apertura, il 1° ottobre, del Parlamento formato tra agosto e settembre secondo le nuove regole costituzionali. Da quest'ultimo avvenimento, inizia una seconda fase, per così dire, di stabilizzazione costituzionale, che si conclude con l'adozione del testo definitivo della Costituzione, alla data di duecento anni fa qui commemorata. Dal 9 dicembre 1820, dunque, e nella quasi totale assenza del Re, partito "prontamente" per Lubiana il 14 dicembre 1820, decorre un'ultima fase che coincide col tentativo di messa a regime del sistema (il Parlamento lavora alle leggi attuative del testo costituzionale: la prima sessione fu chiusa il 28 febbraio 1821, risultando avervi fatto seguito soltanto una seconda ed ultima sessione inaugurata subito il 1° marzo successivo) e lo stato di guerra fino al già ricordato intervento austriaco (all'Austria lo stesso Parlamento napoletano aveva, peraltro, dichiarato guerra il 13 febbraio 1821) concertato tra le Potenze europee e re Ferdinando, il quale, malgrado l'impegno preso con il Parlamento, aveva nel frattempo rinnegato tutte le concessioni fatte.

4. *Con tutte le convulse fasi appena indicate, andò ad intrecciarsi, a volte tragicamente, la questione siciliana.*

Dopo un iniziale traccheggiamento, dovuto verosimilmente alla già accennata inclinazione (dovendo per forza scegliere) del re per [la Costituzione del 1812](#) e alle interferenze inglesi, il luogotenente regio nell'isola, Diego Naselli, si vide costretto, il 16 luglio, a proclamare la Costituzione varata a Napoli e a dar vita ad una Giunta di governo che costituì, tra l'altro, motivo per ritenere superfluo l'invio di rappresentanti siciliani al Parlamento nazionale.

Alla mossa del luogotenente si contrappose, però, la richiesta del ceto baronale, capeggiato da Giuseppe Alliata, principe di Villafranca, di ripristino della [Costituzione del 1812](#), sia perché la sua cancellazione era stata sempre vissuta come uno "scippo" ad opera della capitale napoletana, sia perché intesa, comunque, come "male minore" rispetto ad una Costituzione reputata pericolosamente iperdemocratica (anzi, lo stesso 16 luglio, il parlamento siciliano ne deliberò la formale rimessa in vigore). Il contrasto non si esauriva tuttavia nella sola scelta della Costituzione da adottare, ma attraversava anche territorialmente l'isola, con, su un fronte, Palermo e i suoi alleati, propugnatori dell'indipendenza dell'isola, e, sull'altro, le città orientali (Messina in testa) più acconce a restare sotto la supremazia napoletana.

Non solo: ma, su queste già drammatiche fratture, s'innestarono scontri e combattimenti tali da potersi discorrere in taluni frangenti di una vera e propria guerra civile. In questo quadro, fallì anche il tentativo della Giunta di costruire un'istanza unitaria per trattare con Napoli sul destino della Sicilia. Se un miglior successo sembrò arridere al piano di conciliazione proposto dal governo napoletano (anche perché intanto il generale Florestano Pepe era stato inviato nell'isola per sedare la rivolta), la convocazione, concordata il 22 settembre, di un parlamento che esprimesse chiaramente l'orientamento generale sul tema dell'indipendenza, andò anch'essa incontro a violente reazioni a Palermo. Vi seguirono le sanguinose giornate dal 26 al 30 settembre 1820 durante cui la repressione fu portata avanti dai soldati di Pepe e di altre città siciliane ostili a Palermo.

La resa completa si ebbe, però, solo l'11 ottobre, dopo che il 5 precedente, a Termini Imerese, tra il generale Pepe e Giovanni Luigi Moncada, Principe di Paternò, era intercorsa una Convenzione in cui si erano contemplate, tra le altre condizioni per un ritorno alla normalità, la formazione di due distinte rappresentanze nazionali (nella sostanza il ristabilimento di un separato regno siciliano) e la vigenza in Sicilia della [Costituzione del 1812](#).

Una tale soluzione era destinata ad essere sconfessata a Napoli dal Parlamento nazionale neoletto (con la delibera del 14 ottobre 1820) poiché ritenuta contraria "a' principj stabiliti nella Costituzione sotto l'art. 172, num. 3, 4 e 5; poiché tende ad indurre divisione nel regno delle Due Sicilie; che è altresì contrario a' trattati politici, a quali una sì fatta unità è appoggiata; ch'è contrario ugualmente al voto manifestato da una grandissima parte della Sicilia oltre il Faro, colla

spedizione de' suoi Deputati all'unico Parlamento nazionale; che in fine è contrario alla gloria del regno unito, alle sue convenzioni politiche ed all'onore delle armi nazionali”

Il generale Pietro Colletta, futuro ministro della guerra del Regno, subentrato a Pepe, reintegrò nel novembre successivo, con le armi, il dominio borbonico nell'isola: tuttavia, la cruenta soffocazione delle istanze indipendentistiche in Sicilia era stata opera, questa volta, di un governo costituzionale.

5. *Venendo finalmente al testo della Costituzione, osserviamo, in primo luogo, come non debba esserne sopravvalutata la origine formalmente octroyée, non solo perché esso non fu né redatto, né ascrivibile nelle scelte di merito a precisi indirizzi di politica costituzionale del Monarca, che, infatti (come già premesso), si era visto costretto a regolarsi senza residui sul modello spagnolo, ma anche perché (come già accennato) il suo assetto definitivo fu il prodotto di prefigurati interventi del Parlamento del Regno. Quest'ultima circostanza, del resto, viene apertamente dichiarata nel decreto regio del 9 dicembre 1820 per cui “il parlamento del regno delle Due Sicilie ha decretato le modificazioni alla costituzione politica delle Spagne per adattarla alla monarchia delle Due Sicilie”. Né va trascurata la rigidità di un testo sottratto per l'avvenire alla sola volontà del Re, ma rimesso ad un apposito e complesso procedimento di revisione parlamentare (artt. 362-371).*

Non possono, infine, passarsi nell'occasione sotto silenzio alcune disposizioni finali della Costituzione, quali l'art. 359, che aveva anticipato come, tra i compiti da esercitarsi dal Parlamento nelle sue prime sessioni, avrebbe dovuto esserci un peculiare controllo di costituzionalità da attuarsi prendendo “in esame le particolari infrazioni della costituzione, delle quali fosse stato informato, onde porvi l'opportuno rimedio, e rendere effettiva la responsabilità de' contravventori”; o, ancora, l'art. 360, secondo cui ogni cittadino del regno delle Due Sicilie avrebbe avuto il “diritto di reclamare innanzi al parlamento e presso al re l'osservanza della costituzione”.

Prima di addentrarci in altri dettagli tecnici, riteniamo particolarmente eloquente del pensiero nutrito dai parlamentari stessi sul testo costituzionale quanto affermato, rivolgendosi al Re, nel discorso di apertura dell'assemblea rappresentativa, adunatasi per la prima volta nell'ex convento di San Sebastiano, dal suo presidente, Matteo Angelo Galdi, già protagonista della rivoluzione del 1799.

“Signore, questa costituzione è figlia di lunga esperienza, e di quel che meglio dettarono i pubblicisti d'Europa dalla metà del passato secolo finora. Ella sembra aver colto il vero punto di riposo e di contatto fra i diritti dei popoli e le prerogative dei monarchi. Ella ha saputo distribuire ai figli l'avuta eredità, lasciando al padre una ragionevole latitudine nelle sue disposizioni, è lontana da tutti gli estremi viziosi che lasciano sempre nell'incertezza le sorti delle nazioni. Questa costituzione procede e s'innalza con una maestosa piramide, ne formano l'ampia e solida base la dichiarazione dei dritti e doveri dei cittadini; prosegue, nelle ben calcolate elezioni, assicurando una scelta di rappresentanti nazionali, cui presiede sempre la religione, assiste al più ch'è possibile il voto universale, si allontanano i germi di corruzione, si apre la strada al merito, che si fa passare al vaglio di molteplici e severi esperimenti. Questa Costituzione estesa definisce e circoscrive i limiti del potere legislativo, quindi insensibilmente lo avvicina all'esecutivo per mezzo del Consiglio di Stato e dell'Alta corte di giustizia e pianta alla sommità dell'edificio il Monarca in tutta la sua grandezza circondato dai suoi ministri e da tutto lo splendore e la forza del potere esecutivo: tutto è ordine e simmetria, tutto solidamente costruito; non resta luogo di aggiungere né di togliere una pietra angolare del grande edificio senza deturparlo o farlo cadere in rovina”.

6. *Al di là, peraltro, di retoriche geometrie, la Costituzione sembrava esibire una forte ispirazione filoparlamentare nel quadro di una Monarchia costituzionale all'insegna del principio espresso nell'art. 3 per cui “La sovranità risiede essenzialmente nella nazione: e perciò a questa appartiene il diritto esclusivo di stabilir le sue leggi fondamentali”. Tale sovranità appariva incardinata in un Parlamento monocamerale (art. 26), che rinveniva il suo originale nella [Costituzione francese del 1791](#), e precedeva, anche topograficamente nel testo costituzionale, il Re, di cui ci si preoccupava,*

come nel suo omologo gaditano, di determinare minuziosamente attribuzioni e limiti (artt. 164 e 165). Che si trattasse, tuttavia, non solo nella realtà della politica, ma anche nello stesso testo costituzionale, di un regime ancora a sovranità indecisa emergeva dal fatto che il Re, pur derivando i suoi poteri dalla Costituzione, continuava a trarre legittimazione e preminenza di ruolo dalla “Grazia di Dio”.

Insomma, il regime costituzionale che ne derivava s’inseriva a pieno titolo nella transizione tra assolutismo monarchico e parlamentarismo monista, la cui successiva definizione fu affidata sovente al reale dislocarsi dei rapporti di forza (eccezionale sembra in tal senso l’evoluzione “morbida” del regime statutario sabauda) a favore del polo parlamentare con lo svuotamento o addirittura la totale eclissi della Corona.

Non fece in tempo, però, ad avere tale sviluppo la situazione qui considerata, in cui si realizzò, invece, uno dei colpi di coda propri di un periodo in cui le clausole sottoscritte a Vienna conferivano, (particolarmente all’Austria di Metternich), legittimazione internazionale per ingerirsi nelle politiche dei piccoli Stati, cui restava inibito proporre o riproporre applicazioni del liberalismo rivoluzionario che aveva già sconvolto l’Europa.

Tuttavia, se è impervio ragionare di un’applicazione matura di una Costituzione, che non fece a tempo a dispiegare tutte le sue potenzialità, non mancano alcuni episodi idonei ad illuminarne la portata.

Intanto, uno speciale rilievo ebbe la nomina, già il 9 luglio, di una Giunta incaricata di provvedere a “tutti gli atti preparatori alla convocazione del Parlamento”, ma che, in certo modo, anticipava nella sostanza l’esercizio di un ruolo di controllo che avrebbe poi trasferito, il 2 ottobre, al parlamento neoletto (la Giunta, composta di 15 membri, aveva, in particolare, “l’ufficio di assistere, come organo consultivo, il governo, in tutti gli atti, fino alla istallazione del Parlamento”). Per altro verso, la Giunta andava ad affiancarsi al Gabinetto vero e proprio che, nell’occasione, per una sua parte, venne rinnovato tenendosi anche conto dei desiderata degli insorti ancora accampati in armi.

L’adesione (più o meno sincera) del Re al nuovo regime si poté poi soprattutto cogliere nella pronta convocazione del Parlamento (il 22 luglio), che, infatti, già nell’ottobre successivo, mise mano alle riforme ritenute più urgenti per cancellare la struttura dispotica del precedente regime.

Ancora successivamente, peraltro, questa buona (reale o apparente) disposizione verso il Parlamento non mancò di ingenerare un clima di fiducia, ritenendosi da alcuni il Re addirittura un “concittadino” intento a provvedere alla felicità del Regno: ciò che andò incontro ad un’amara smentita a seguito della già ricordata ritrattazione a Lubiana, anche perché, per tale dislocazione all’estero, il Re, lo stesso giorno di dicembre in cui aveva promulgato la Costituzione qui ricordata, aveva ottenuto fiduciarmente l’autorizzazione dello stesso Parlamento.

7. *Volendo ora fornire qualche maggior dettaglio sulla fisionomia del Parlamento, va ancora ricordato come, nonostante la cattiva stampa acquisita durante la Rivoluzione, ne fosse stata accolta una struttura monocamerale inidonea a riflettere con effetti costituzionalmente rilevanti la perdurante differenziazione in classi della società (una diversa soluzione sarà, invece, nuovamente praticata nella [Costituzione dell’11 febbraio 1848](#), che tornerà a contemplare, giusta il suo art. 4, accanto ad una Camera dei Deputati, una Camera dei Pari). Più in generale, del resto, alla nobiltà, anche di antiche origini, la Costituzione in esame non faceva alcun cenno, riservando, però, una distesa attenzione, oltre che, naturalmente, alla figura del Re (la cui la persona era definita dall’art. 161 “sacra ed inviolabile, e non soggetta a responsabilità”), all’erede al Trono (il duca di Calabria, figlio primogenito del Re: Capitolo IV), alla Corona (sua vacanza: art. 155; abdicazione: artt. 155; 165, II, XIII; reggenza: 124, IV e Capitolo III; 209; e successione: artt. 124, III e Capitolo II), nonché alla Famiglia reale, comprensiva dei Principi e delle Principesse reali (Capitolo IV).*

Circa la costituzione dell’assemblea parlamentare, valeva un complesso sistema elettorale basato (art. 31) sull’elezione progressiva di assemblee di parrocchia, di circondario elettorale e di provincia, che avrebbero eletto, ciascuna, alcuni grandi elettori destinati a comporre l’assemblea di livello superiore (art. 73): alle assemblee di provincia sarebbe spettato, infine, di eleggere i deputati,

conferendo loro ampi poteri per esercitare il mandato e obbligandosi in anticipo a rispettare le decisioni degli eletti purché adottate “in conformità della costituzione politica del regno delle Due Sicilie” (art. 100).

L’elettorato attivo era attribuito al primo livello elettorale a tutti i cittadini domiciliati e residenti, compresi gli ecclesiastici secolari (art. 33); mentre quello passivo richiedeva il compimento del venticinquesimo anno di età e veniva ad assumere carattere censitario al livello elettorale previsto per l’elezione dei deputati (art. 85). Un sistema, dunque, di cui, per tale via, si scorgeva il reale volto, dando soprattutto voce alle classi borghesi agraria e mercantile che aveva sempre sofferto dell’accentramento della vita politica nella capitale partenopea e recriminato per l’accanimento fiscale sulla proprietà terriera.

In proposito, va sottolineato come, tra le riforme messe urgentemente in cantiere dal Parlamento nel suo breve periodo di esistenza, ci fu quella di una legislazione di forte impulso al “governo interiore delle provincie e de’ comuni”, a cui, peraltro, la Costituzione dedicava numerose e dettagliate disposizioni (Titolo VI).

8. *Il Parlamento, eletto per la durata di appena un biennio (art. 101), era insuscettibile di essere sospeso o sciolto dal Monarca (art. 165, I), presentandosi, inoltre, capace di autoregolarsi (artt. 111 e 120), laddove i suoi componenti godevano dell’insindacabilità e di una relativa immunità giurisdizionale (art. 121). Sempre dal punto di vista organizzativo, in base al regolamento interno approvato già il giorno successivo al suo insediamento, l’assemblea formò al suo interno nove commissioni con funzioni istruttorie (I. Legislazione; II. Guerra, marina e affari esteri; III. Milizie provinciali, gendarmeria e pubblica sicurezza; IV. Finanze; V. Commercio, agricoltura, arti e industria; VI. Istruzione pubblica; VII. Esame e tutela della Costituzione; VIII. Amministrazione provinciale e comunale; IX. Governo interno).*

Sotto l’aspetto funzionale, nel Parlamento erano state convogliate competenze a legiferare su materie attribuite nello Stato assoluto alla prerogativa regia quali l’imposizione fiscale, la moneta, la guerra e le relazioni esterne. Ma, tra le altre competenze nominativamente riconosciute al Parlamento, mette qui soprattutto conto di ricordare quella di “proteggere la libertà di stampa” (art. 124, XXIV) in quanto significativamente, proprio di tale argomento, secondo una linea di politica costituzionale destinata a perpetuarsi, ebbe ad occuparsi il Parlamento neoeletto nelle sessioni dell’ottobre 1820 nell’intento di fornire del necessario supporto l’impianto liberale del regime (anche un Diario recante i resoconti delle sedute parlamentari venne pubblicato dalla Stamperia reale). Questa vicenda venne però a complicarsi, dato che, in tale occasione, venne affacciata la proposta di introdurre anche la libertà religiosa: ciò che avrebbe peraltro richiesto la modifica di una Costituzione che non solo mostrava in più parti (Preambolo, artt. 12, 46, 56, 66, 79, 110, 166, 202, 353) di considerare la religione cattolica come la religione di Stato, ma proibiva esplicitamente che ne fosse praticata qualche altra diversa (art. 12).

Tra le altre poche materie di cui il Parlamento ebbe il tempo di occuparsi, quella, già menzionata, della riforma dell’articolazione territoriale assunse un particolare rilievo, intendendosi, anche così, archiviare la precedente politica centralistica e dispotica, grazie alla sostituzione con nuove deputazioni provinciali dotate di ampia autonomia amministrativa i vecchi consigli provinciali e i consigli distrettuali su cui era imperniato il sistema degli Intendenti, a loro volta, longa manus del Ministero dell’interno.

Quanto al procedimento legislativo, si trattava di materia dettagliatamente disciplinata (artt. da 125 a 149), prevedendosi al suo termine la sanzione regia, che poteva essere motivatamente rifiutata (art. 137) e superata eventualmente soltanto al termine di un lungo e defatigante rimbalzo di testi tra il Re e l’assemblea (Capitolo VIII).

9. *Avendo già dedicato anche al Governo qualche cenno, può ora più semplicemente aggiungersi che i Ministri andavano a comporre il plesso del potere esecutivo la cui titolarità era attribuita al Re secondo quella divisione dei poteri che caratterizzò (o avrebbe dovuto caratterizzare il modello del)*

la monarchia costituzionale pura. Ai ministri era affidato un ramo dell'amministrazione (art. 217), il cui sostentamento era in carico (art. 328) al ministro delle finanze, che avrebbe presentato al Parlamento il piano delle spese e delle contribuzioni necessarie a farvi fronte nel quadro di un complesso sistema contabile e di bilancio che non mette conto qui di dettagliare, se non per registrarne la vocazione alla corretta gestione del danaro pubblico e l'esigenza di evitare rischiose sovrapposizioni tra la funzione di erogare e quella di spendere.

Ai Ministri, sebbene nominati dal re a suo piacimento e non soggetti pertanto a qualche controllo politico da parte del Parlamento, sarebbe stato, inoltre, possibile opporre, secondo una procedura giudiziaria davanti alla Corte suprema di giustizia, una responsabilità (artt. 216, 217 e 218), quando avessero autorizzato ordini contro la costituzione o contro le leggi, senza poter invocare a loro scriminante l'ordine reale.

10. *Corrispondendo, come accennato, in pieno al paradigma della Monarchia costituzionale, la Costituzione in parola ebbe anche a cuore l'organizzazione puntuale del potere giudiziario (di cui non è possibile dare conto in questa sede: tutto il Titolo V), e, ciò che maggiormente rileva, le relative guarentigie, nonché quelle dei giudicandi.*

Sotto il primo profilo, ai magistrati, nominati dal Re su proposta del Consiglio di Stato, era attribuito il massimo di autonomia, riservando solo ad essi la funzione giurisdizionale e vietando ogni ingerenza esterna (artt. 232 e 233). A ciò si aggiungeva un complesso regime di responsabilità e la garanzia che i giudici che non sarebbero stati "destituiti dai loro impieghi, sien questi a tempo o perpetui, se non per motivo legalmente provato e giudicato" "né (...) sospesi dalle loro funzioni se non per accusa legalmente intentata" (art. 247).

Sotto il secondo, non sembra difficile rinvenire il principio del giudice naturale e il divieto di giudici straordinari nell'art. 237, secondo cui "Niun cittadino del regno delle Due Sicilie potrà essere giudicato in causa civile o criminale da alcuna particolare commissione: ma dovrà esserlo dal tribunale competente che siasi anticipatamente fissato dalla legge".

Ad una Suprema Corte di giustizia apparteneva di giudicare (art. 250), oltre a quanto già detto a proposito dei ministri, una nutrita serie di questioni che ne facevano, di volta in volta un Tribunale dei conflitti, una Cassazione, un giudice degli altri magistrati compresi i suoi stessi componenti (in quest'ultimo caso in formazione integrata) e un promotore di référé legislativi, passando attraverso la mediazione del Re.

A quest'ultimo, nel cui nome la giustizia era amministrata, spettava, dal suo canto, di "Procurare che in tutto il regno si amministri la pronta ed esatta giustizia" (art. 164, II).

11. *Avviandoci alla fine di queste note, l'attenzione va richiamata ora sulla straordinaria caratterizzazione libertaria della Costituzione in esame in un'epoca di forte riflusso rispetto alle ideologie liberali che avevano trionfato nella Rivoluzione per diffondersi nel resto d'Europa.*

Sorprende pertanto il giudizio proferito, per vero, sul complesso della vicenda qui considerata, per cui la rivoluzione sarebbe nata già vecchia, rappresentando "lo strascico e la chiusura del periodo murattiano": ciò che non appare condivisibile neanche arrendendosi al puro livello istituzionale, se si pensa che la monarchia costituzionale messa in atto nel 1820 a Napoli fu la prima di questo tipo affacciatasi in Italia dopo il Congresso di Vienna (e ciò per il fatto che, a differenza di altre coeve ed analoghe vicende, pur aspirandosi a dare concretezza agli ideali tante volte repressi di libertà ed eguaglianza, si trattò, a Napoli, più di costituzionalizzare che non di abbattere la monarchia borbonica, e dove, dopo gli esordi militari, tutto si era svolto senza alcun spargimento di sangue e persino con manifestazioni di giubilo popolare).

Comunque sia, pur non trovando posto nel testo costituzionale un catalogo organizzato di diritti si considerino, tra l'altro, sul piano della libertà personale, il divieto posto al Re di "privare alcuno della sua libertà, né imporgli da per se stesso alcuna pena", e, qualora a ciò fosse obbligato per il bene e la sicurezza dello Stato, la previsione che egli "fra lo spazio di quarantotto ore debba mettere tal persona a disposizione del tribunale o del giudice competente" (art. 165, XI); su quello del diritto

di difesa quanto prescritto dall'art. 273, per cui "Niun nazionale del regno delle Due Sicilie potrà essere imprigionato senza che preceda un informo sommario del fatto per lo quale meriti di essere punito con pena corporale, e senza che gli si notificchi all'atto istesso dell'arresto, un mandato per iscritto del giudice"; e su quello, ancora, della libertà di manifestazione del pensiero (di cui s'è già trattato), l'affermazione (art. 358) che "Ogni nazionale del regno delle Due Sicilie ha libertà di scrivere, imprimere e pubblicare le sue idee senz'aver bisogno di licenza, revisione o approvazione anteriore, ma sotto la responsabilità che le leggi determineranno".

Con la libertà personale, andava di conserva la proprietà: entrambe riguardate come situazioni individuali da proteggere addirittura a livello di principi preliminari (art. 4) e per la cui tutela lo stesso re prendeva un impegno solenne nel suo giuramento.

Da quanto in precedenza esposto, è ancora possibile desumere la latitudine dei diritti politici dei cittadini del Regno (elettorato attivo e passivo) con riferimento non solo al Parlamento nazionale ma anche alle rappresentanze locali (artt. 295 e 314). Mentre, alla base, la stessa condizione di cittadino (nazionale) otteneva nella Costituzione il più ampio e diffuso riconoscimento.

Una forte tensione sociale poteva individuarsi, poi, nell'organizzazione a livello costituzionale della pubblica istruzione, tanto che "In ogni comune del regno" avrebbero dovuto istituirsi "scuole elementari per i fanciulli dell'uno e dell'altro sesso" dove questi avrebbero appreso "a leggere, scrivere e conteggiare, non che il catechismo de' doveri religiosi e civili, secondo i principii della religione cattolica" (art. 353). Recitava, inoltre, l'art. 355: "Il piano generale d'insegnamento sarà uniforme in tutto il regno. In tutte le università e stabilimenti di pubblica istruzione, dove s'insegnano le scienze politiche ed ecclesiastiche, si darà il primo luogo allo spiegamento della costituzione politica"!

Circa i doveri, essi risultavano posti in capo ai consociati senza eccezioni e privilegi (art. 326, per l'imposizione fiscale, e artt. 9 e 348 per il servizio militare in tempo di guerra e di pace). Incombeva, del pari, indistintamente ad ogni cittadino di "esser fedele alla costituzione, di ubbidire alle leggi, e di rispettare le autorità costituite (art. 7), tenendo, però soprattutto a mente che "L'amor della patria è uno de' principali doveri di tutti i nazionali del regno delle Due Sicilie, e parimenti l'esser giusti e benefici" (art. 6).

12. La fine prematura e repentina dell'esperienza costituzionale qui rievocata rende sommamente difficile immaginarne i potenziali sviluppi, ma è almeno possibile riconoscere come, a dispetto della sua brevità, vi vennero al pettine moltissimi dei nodi irrisolti delle precedenti vicende costituzionali, almeno a far data dal regno di Carlo III: dalla collocazione internazionale di Napoli e della Sicilia al rapporto dello Stato borbonico con il resto d'Italia e al suo incipiente Risorgimento, dalle relazioni tra la terraferma e l'isola siciliana a quelle tra la capitale e tutte le periferie del Regno, dal ruolo politico delle vecchie classi nobiliari a quello rivendicato dalla borghesia, dal tradizionale ruolo subalterno dello Stato borbonico rispetto al Papato alle istanze di laicità e di libertà religiosa importate dai Francesi, dalle aspirazioni libertarie e costituzionali della Carboneria agli schemi mentali d'ordine e centralistici degli ancor fiorenti cenacoli murattiani.

A sua volta, parecchia di questa problematica sarà lasciata in eredità (mai perfettamente risolta) ai regimi politici successivi, compreso quello instaurato con l'annessione al Piemonte sabauda e la confluenza nel Regno d'Italia nel 1861.

Anche il ricordo di una straordinaria esperienza democratica si fisserà nella mente delle generazioni successive diventando talvolta la sua [Costituzione](#), sulla scia di quella di [Cadice](#), un modello ideale da perseguire.

Un'insurrezione antiborbonica di Filadelfi nel Cilento nella notte tra il 27 ed il 28 giugno venne repressa nel sangue dall'esercito e dalla gendarmeria inviati da Francesco I: tra le rivendicazioni dei rivoltosi c'era, appunto, il ripristino della [Costituzione del Regno delle due Sicilie del 9 dicembre 1820](#).

PARTE PRIMA

STUDI

Roberto Di Maria

Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”. *The final cut**

ABSTRACT: *The matter – very much complex – of the so called “end of life cases” or, more generally, “euthanasia” finally came to the attention of the Constitutional Court by the criminal jurisdiction, regarding the crime of «aid to suicide» (art. 580 c.p.).*

Through the ord. 208/2018 – before – and the sent. 242/2019 – after – the Court declared partially illegitimate the aforesaid article, in relation to some rules of the l. n. 219/2107 regarding the “informed consent” and the “advance treatment provisions”. Aside from the merit of the constitutional question, what emerges is the completely new procedural conduct followed by the Court: in fact, with the ord. 208/2018 it has been delayed of one year the final decision, at the same time urging the Legislator to intervene in the aforesaid matter with a proper legislation, consequently recognizing rights and duties related to the institute of euthanasia. Since such warning has been ignored by the Legislator itself, the Court finally decided as above summarized. However, such conduct seems to stretch a little bit too much the recognized “sovereignty” of the Court on its trial; and seems to widen a little bit too much – as well – the judicial recognition of rights, even those “fundamental”, above the political one. So underlining the contemporary problem of the institutional (loyal) relationship between the Parliament and the Constitutional Court and, moreover, among the State Powers.

SOMMARIO: 1. Breve premessa: la “forma” del processo e la “sostanza” dei diritti. – 2. Le peculiarità della giustizia costituzionale: la Corte ed il “suo” processo. – 3. Il “caso Cappato” ed il c.d. “ircocervo” costituzionale. – 4. Una breve conclusione: riconoscimento “politico” vs. riconoscimento “giurisdizionale” dei diritti. – 5. Considerazioni finali sulla «breve conclusione»: *the final cut*.

1. *Breve premessa: la “forma” del processo e la “sostanza” dei diritti*

Nel commentare “a caldo” la [ordinanza n. 207 del 2018](#) ed, in particolare, i «poteri di gestione del processo costituzionale» – per effetto dei quali la Corte aveva emanato, si sostiene, «una ordinanza *quoad formam* che però è in tutto e per tutto una sentenza (di accoglimento) *quoad substantiam*» e che «rende testimonianza della fervida fantasia con cui il giudice costituzionale sforna a getto continuo nuovi tipi di decisione ovvero fa originali utilizzi di tipi noti e collaudati»¹ – Antonio Ruggeri si chiedeva «fin dove le sia consentito spingersi in siffatta opera creativa e di mai finito affinamento»². E tale domanda appare fondamentale, invero, rispetto al corretto inquadramento tanto del Giudice quanto del relativo sistema di giustizia costituzionale nell’ambito dell’ordinamento repubblicano, rispettivamente, giudiziario ed istituzionale.

Approfittando dunque della riflessione di tanto autorevole dottrina vogliono svolgersi – di seguito – alcune considerazioni sull’indissolubile legame che intercorre fra diritti sostanziali e diritto processuale: in specie, sulla logica consequenzialità fra il rispetto delle forme processuali e la effettiva

*Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

Il presente lavoro è destinato anche agli “Scritti in onore di Antonio Ruggeri”; tuttavia la recente pubblicazione della sentenza 242/2019 della Corte costituzionale – nonché, vieppiù, la conseguente pronuncia della Corte di Assise di Milano sul c.d. “caso Cappato” cui inerisce, appunto, tale sentenza – ha suggerito al sottoscritto Autore di anticiparne la pubblicazione, con il consenso dei Curatori dei summenzionati “Scritti”, con due brevi addenda a commento riepilogativo della vicenda che – oggi – può essere infine apprezzata nel suo orizzonte complessivo. Rispetto al contributo originariamente destinato agli “Scritti”, dunque, è stato aggiunto il §5, di ulteriori «considerazioni finali sulla breve conclusione: *the final cut*».

¹ Virgolettati tratti – rispettivamente – da 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; e da ID., [Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... \(a margine di un comunicato sul caso Cappato\)](#), *ibid.*, 568.

² Letteralmente in A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta](#), cit., nota 2, ove si richiama Corte cost., [ord. 207/2018](#), n. 11 del *considerato in diritto*.

garanzia dei diritti, ovvero sul processo (costituzionale) inteso quale “sede naturale” di riconoscimento e di applicazione dei diritti (anche o soprattutto) fondamentali.

Senza indugiare sul tema classico, ampiamente arato in dottrina, del rapporto fra diritto “sostanziale” e diritto “processuale” – ossia «dei tentativi di individuare posizioni di priorità o di accessorietà tra il settore giuridico sostanziale ed il settore giuridico processuale»³ – nello specifico ambito della giustizia costituzionale può introduttivamente richiamarsi la loro «interrelazione di reciproca, necessaria complementarietà» in cui si inverte l’assunto *nullum ius sine iudicio*: a fronte del riconoscimento di un diritto “sulla carta” (costituzionale) è infatti nella giurisprudenza (costituzionale) che se ne identificano le modalità concrete, appunto, di godimento soggettivo⁴.

2. Le peculiarità della giustizia costituzionale: la Corte ed il “suo” processo.

«È consueto ripetere che ciò che chiamiamo *processo costituzionale* ha lineamenti propri e differenti, al cospetto dei (degli altri) processi giurisdizionali; è opinione comune, cioè, che per i giudizi innanzi alla Corte costituzionale non ci si possa riferire ai principi che valgono per i processi civili, penali o anche amministrativi[;e tuttavia] la questione non è quella che i processi siano diversi tra loro, bensì è quella di capire fino a che punto le differenze siano marcate e se, quindi, sia comunque giustificato parlare in senso ampio e comprensivo di *processo*»⁵; o – più precisamente – di «un diritto processuale capace di comprendere le ragioni non sempre coincidenti della tutela soggettiva dei diritti costituzionali ma anche le ragioni della tutela oggettiva della Costituzione»⁶.

Dalle superiori asserzioni – che, seppur risalenti, oggi appaiono non soltanto attuali ma (quasi) profetiche – si deduceva indi una duplice conseguenza: da un lato, «l’apporto dato dalla stessa giurisprudenza alla identificazione (ed in certi casi alla vera e propria creazione) della disciplina processuale»⁷; d’altro lato «un’applicazione dei principi processuali che non sempre offre linee chiare e precise, bensì anche notevoli oscillazioni»⁸.

Una prima – e generalissima – sintesi delle suddette e parallele conseguenze potrebbe risiedere nella «necessità che le categorie processuali generali siano modellate dalla giurisprudenza costituzionale» allo scopo di «renderle compatibili con il ruolo che la Corte assume nel sistema e con la finalità dei suoi giudizi»⁹; necessità vieppiù comprovata dal fatto che la disciplina del processo costituzionale – “sdruciolevole”, “ambigua”, “ibrida” (sic!) – sia «il risultato di successivi interventi normativi [nonché] di una sovrapposizione di diverse concezioni del processo stesso e quindi del ruolo che la Corte costituzionale è in esso chiamata ad esercitare»¹⁰.

È per tal motivo, dunque, che lo scioglimento della *vexata quaestio* circa il ruolo da assegnare al diritto processuale costituzionale – i.e. prodotto della giurisprudenza della Corte o apparato positivo

³ Virgolettati tratti da D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA e E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II ed., Milano, 1996, 10; da cui è stato parafrasato il principio *nulla poena sine iudicio* – a sua volta parafrasato dall’antico *nulla poena sine lege* – riadattato, secondo il parere dello Scrivente, alla giustizia costituzionale.

⁴ Tale argomento è stato approfondito dalla dottrina costituzionalistica, soprattutto di recente, prendendo spunto da alcuni casi emblematici; si segnala – a titolo meramente esemplificativo – il profluvio di contributi a commento di [Corte cost., sentt. 10/2015](#), [1/2014](#) e [35/2017](#), tutti liberamente consultabili su *Consulta online*.

⁵ Cfr. V. ANGIOLINI, *Processo giurisdizionale e processo costituzionale*, in *Foro it.*, I, 1995, 1088.

⁶ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 61.

⁷ *Ibidem*, 61 ss.

⁸ Cfr. F. MARONE, *La dinamica processuale e gli effetti delle decisioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale*, in R. Balduzzi e P. Costanzo (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 332 e ss.

⁹ Sempre *ibidem*; con lungimiranza l’Autore osservava che «sui giudizi costituzionali influisce il tipo di funzioni che la Corte è chiamata a svolgere nel sistema; funzioni che, come da più parti sottolineato, la collocano in una sorta di interstizio tra la giurisdizione e la politica».

¹⁰ Così, in argomento, nel fondamentale R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, 61 (cui si riportano, altresì, le superiori definizioni fra virgolette).

“contenitore” dei relativi orientamenti giurisprudenziali? – sembra essere la necessaria premessa di qualsivoglia riflessione sulla esistenza di un sistema autonomo di regole processuali e sulla loro concreta applicazione¹¹; e che – aldilà della (preconcetta) adesione ad un “modello” di giustizia costituzionale e ad un (conseguente e coerente) “modello” di processo – dalla analisi funzionale della giurisprudenza della Corte sembra potersi ricavare la costante ricerca di un punto di equilibrio fra – da un lato – gli effetti prodotti dalla rigorosa applicazione degli istituti processuali ereditati dai paradigmi classici (i.e. civilistico ed amministrativistico) e – d’altro lato – la garanzia (più ampia possibile) dei diritti dedotti nell’ambito di ciascuna questione di legittimità.

Ammettendo pertanto che il diritto processuale costituzionale sia un “prodotto dinamico” – frutto della evoluzione casistico-giurisprudenziale, più che di quella tecnico-legislativa – tanta maggiore rilevanza assume la questione posta da Antonio Ruggeri, ovvero quale sia il “limite” – o se ve ne sia uno – che debba rispettare il Giudice costituzionale nella sua «opera creativa» e di «affinamento» della relativa disciplina normativa¹².

Ed in ragione di tali considerazioni un primo – seppur interlocutorio – asserto si deduce, allora, dall’ammonimento di autorevole dottrina: «credere nel processo costituzionale probabilmente significa credere nel valore dell’argomentazione giuridica [ovverosia] attestarsi su una posizione intermedia che rifiuti [...] due estremi: *l’assoluta evidenza delle soluzioni o l’assoluta loro arbitrarietà*»¹³.

3. Il “caso Cappato” ed il c.d. “ircocervo” costituzionale.

Com’è noto, il c.d. “caso Cappato” riguarda una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Assise di Milano, avente ad oggetto l’art. 580 c.p. per assertedo contrasto con gli artt. 2, co. 1, e 117 Cost. – in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU – «nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio»; nonché con gli artt. 3, 13, 25, co. 2, e 27, co. 3, Cost. «nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell’esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell’aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 [*recte*: 12] anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione»¹⁴.

Seppur trattasi di una ordinanza, la Corte svolge il proprio ragionamento lungo un percorso argomentativo articolato in ben undici punti (i.e. il “considerato in diritto”) per concludere – infine – statuendo che «laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga *l’incrocio di valori di primario rilievo*, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, *scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere*, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di *leale e dialettica collaborazione istituzionale* – consentire, nella specie, 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»; ed indi – per l’effetto – «*rinvia[ndo]* all’udienza pubblica del 24 settembre 2019 la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate»¹⁵.

È appunto alla luce della superiore (singolare) opzione che, in dottrina, sono stati avanzati dubbi sul piano sia metodologico sia sostanziale¹⁶; e che è stata evidenziata – in particolare – la

¹¹ Parafrasando L. CALIFANO, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Torino, 2003, 10-11.

¹² Cfr. *supra*, §1, nota 2.

¹³ In questi termini A. CERRI, *Note in tema di giustizia costituzionale*, in *Foro it.*, I, 1995, 1082 (corsivo aggiunto).

¹⁴ Cfr. [Corte cost., ord. 207/2018](#), n. 1 del ritenuto in fatto.

¹⁵ Cfr. *ibidem*, n. 11 del *considerato in diritto* e “p.q.m.” (i corsivi sono aggiunti).

¹⁶ Per una *summa* dei suddetti, si rinvia ai commenti pubblicati su *Consulta online* al link della relativa pronuncia. Fra questi si segnalano in particolare – appunto – le tre (caustiche) annotazioni di Antonio Ruggeri: oltre alle due succitate (cfr. nota 1) si veda anche A. RUGGERI, [Faintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso](#)

interdipendenza fra i predetti profili, ovverosia l'incidenza – tendenzialmente negativa – prodotta dalla applicazione “lata” delle norme processuali tanto sulla garanzia (concreta) dei diritti *sub iudice*, quanto sul ruolo e sulla collocazione istituzionale della Consulta.

È da una affermazione conclusiva – per cui «la tipizzazione dei ruoli istituzionali è una risorsa preziosa» per garantire l'identità costituzionale dell'ordinamento repubblicano, invece gravemente minata dalla loro «confusione»¹⁷ – che si intuiscono gli effetti (potenzialmente) deflagranti che potrebbero discendere dalla decisione finale della relativa questione, oltre alle perplessità già sollevate da quella attuale ed invero “interlocutoria”: mancando di efficacia tipicamente ablatoria – sì come invece prevista in altri sistemi di giustizia costituzionale¹⁸ – il contenuto della ordinanza ha infatti aperto uno scenario inedito nella giurisprudenza italiana per quanto concerne – in specie – il rapporto “triangolare” fra Corte costituzionale, Legislatore e giudici comuni.

In estrema sintesi – e seguendo il ragionamento di Antonio Ruggeri – può intanto inferirsi che, nel rapporto fra Corte e Legislatore, la pronuncia in commento rilevi soprattutto in ordine all'implicito “invito” – rivolto dalla prima al secondo – in essa contenuto¹⁹; un invito che – pur non avendo alcuna efficacia vincolante, né giuridicamente né istituzionalmente – caratterizza tale ordinanza alla stregua di una dichiarazione di «incostituzionalità differita»²⁰, così qualificandone la natura di *tertium genus* rispetto alle ipotesi – già note – di inammissibilità «per rispetto della discrezionalità del legislatore» o di accoglimento «nella forma delle additive di principio, le quali pure si arrestano [...] alla soglia oltre la quale la disciplina normativa è data da regole [...] di esclusiva spettanza del legislatore»²¹.

Quanto poi agli effetti della medesima sui giudici comuni – ferma restando la sospensione del giudizio *a quo* – deve convenirsi con la affermazione per cui la ordinanza in questione affatto assicuri il raggiungimento dell'obiettivo «avuto di mira e più volte ribadito» nella medesima, ossia «evitare che un disposto legislativo produttivo di effetti incostituzionali trovi applicazione», ritenuto che proprio il sistema di giustizia costituzionale italiano – ed in specie, il meccanismo di rimessione in via incidentale – non impedisce ai giudici “altri”, rispetto a quello *a quo*, di concludere il giudizio pendente utilizzando (anche) la disposizione *medio tempore* sottoposta a scrutinio di legittimità costituzionale²².

Da quanto premesso, dunque, la genesi del c.d. “ircocervo costituzionale”: pur volendo prestare attenzione alla dimensione concreta (i.e. la tutela di un diritto, o di un “bene”, fondamentale) piuttosto che a quella astratta (i.e. il rispetto rigoroso della “forma” processuale) del sistema di giustizia costituzionale, pare invero che il provvedimento infine “partorito” dalla Consulta non offra alcuna soluzione al dilemma posto dalla relativa questione²³; non sarebbe infatti possibile – *recte*, opportuno – rinnovare il termine già concesso al Legislatore, ricorrendo ad un ulteriore atto di rinvio «seppur

[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](#).

¹⁷ Affermazione con cui si chiude A. RUGGERI, [Pilato alla Consulta](#), cit., 570.

¹⁸ Il riferimento è alle pronunce di *Unvereinbarkeit* del Tribunale federale tedesco ed ai relativi, ed assolutamente peculiari, effetti; sul punto cfr. 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.

¹⁹ Sul punto basta rinviare al contenuto del “comunicato” pubblicato dalla Corte costituzionale il 24 ottobre 2018, nel quale si legge: «per consentire in primo luogo al Parlamento di *intervenire con un'appropriate disciplina*, la Corte ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'articolo 580 codice penale all'udienza del 24 settembre 2019 [corsivo aggiunto, ndr.]».

²⁰ Parafrasando M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 19 novembre 2018.

²¹ Entrambi i virgolettati sono tratti da A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta](#), cit., 572.

²² Argomenti addotti *ibidem*, 574; efficace, sul punto, la deduzione di questioni «doverosamente prospettabili» quale *tertium genus* rispetto a quelle ritualmente inammissibili ed infondate; *contra* M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., §4.

²³ L'espressione “ircocervo costituzionale” è di Antonio Ruggeri (cfr. *supra*, nota 1); qui la si utilizza nella interpretazione data da Guglielmo di Ockham che, nella *Expositio in librum in librum Perihermenias Aristotelis*, ricorre all'immagine dell'ircocervo per simboleggiare la necessità di rivolgere le proprie attenzioni al concreto e non all'astratto, cercando di spiegare la realtà con semplicità ed immediatezza (cfr. *Summa aurea super artem veterem Aristotelis*, 1321-24).

motivato in relazione ad un procedimento legislativo *in itinere*», né tornare indietro «convertendo il sostanziale accoglimento di oggi in un futuro rigetto» mettendo in ginocchio – così – la certezza del diritto (sostanziale oltreché processuale) costituzionale²⁴.

Ed in effetti dalla lettura del provvedimento è possibile scorgere il giudizio già formulato, nel merito, dalla Corte.

Nel non perseguire il “suicidio” in sé ma nel tutelare il soggetto (in condizioni di presunta “debolezza”) «il legislatore penale [...] gli crea intorno una “cintura protettiva”, inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui» e punendo indi severamente «chi concorre nel suicidio altrui, tanto nella forma del concorso morale, vale a dire determinando o rafforzando in altri il proposito suicida, quanto nella forma del concorso materiale, ossia agevolandone “in qualsiasi modo” l’esecuzione»; il che la Corte considera pienamente compatibile – o comunque, non in contrasto – con il disposto degli artt. 2 e 13 Cost. e 2 CEDU, appunto ritenuto che la incriminazione *ex art. 580 c.p.* è «funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l’ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile» ed «assolve allo scopo [...] di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»²⁵.

Tanto premesso, però, si osserva altresì che possono attualmente ricorrere «situazioni inimmaginabili all’epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia» e riconducibili – essenzialmente – «alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una 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» nelle quali – si precisa – «l’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 e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, secondo comma, Cost.»²⁶; ritenuto dunque che la legislazione vigente non consente al medico di mettere a disposizione del paziente – che versi nelle predette condizioni – trattamenti diretti ad eliminare le sue sofferenze tramite la morte, la Corte infine asserisce che «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»²⁷.

Se appare dunque ragionevole che la Corte affermi – conclusivamente – «di non poter porre rimedio» al «riscontrato *vulnus* [attraverso] la mera estromissione dall’ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l’aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni [ivi] descritte», poiché tale soluzione lascerebbe «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», ugualmente appare evidente che – a margine del richiamato “spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale”, in ragione del quale la Corte ha voluto giustificare l’adozione di tale, irrituale, ordinanza – vi sia però un (più che implicito) accoglimento sostanziale del dubbio di costituzionalità²⁸.

²⁴ Virgolettati – e correlate parafrasi – dedotte da A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta](#), cit., 575.

²⁵ Virgolettati tratti da [Corte cost., ord. 207/2018](#), rispettivamente nn. 4 e 6 del *considerato in diritto*.

²⁶ [Ibidem](#), n. 8 del *considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

²⁷ [Ibidem](#), n. 9 del *considerato in diritto* (corsivi aggiunti). La Corte richiama, sul punto, sia la l. 38/2010, “Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore”, sia la l. 219/2017, “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”.

²⁸ [Ibidem](#), n. 10 del *considerato in diritto*.

Sotto questo profilo sembrano alquanto fragili, però, le motivazioni addotte dalla Corte stessa contro il ricorso ad una, più rituale, dichiarazione di inammissibilità: una «tecnica decisoria» – si sostiene – che «ha l’effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione», il che «non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti»²⁹. Su tali cautele – espresse in motivazione e riprese in dottrina³⁰ – si ritengono tuttavia prevalenti le obiezioni formulate da Antonio Ruggeri: ed infatti «conviene alla Corte correre il rischio di essere contraddetta da...*se stessa?* Supponiamo che, *medio termine*, si abbia l’avvicendamento (pur impreveduto) in seno al collegio di uno o più giudici. Chi mai potrà obbligarli a pensarla allo stesso modo di coloro che li hanno preceduti? V’è di più. Quand’anche nel frattempo il legislatore dovesse attivarsi lungo il solco tracciato dalla Corte nella “ordinanza-sentenza” odierna, nulla esclude che la nuova disciplina possa essere caducata da un collegio diversamente orientato rispetto al passato»³¹.

4. Una breve conclusione: riconoscimento “politico” vs. riconoscimento “giurisdizionale” dei diritti

«La [ord. 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»³².

Non ci si vuole qui compiutamente soffermare sul primo dei suddetti profili – ovvero il (delicato) tema della “dignità” e dell’asserito “diritto costituzionale alla vita” – bensì principalmente sul secondo: quello processuale³³; ciò tuttavia con la piena consapevolezza che, in primo luogo, i due profili non possono essere completamente scissi (cfr. *supra*, §1) e che, in secondo luogo, forse non è ancora trascorso il necessario “tempo” – quello appunto evocato da Antonio Ruggeri – per definire compiutamente le conseguenze effettuali della scelta giurisprudenziale operata dalla Corte costituzionale.

Com’è stato puntualmente osservato in dottrina, le numerose denominazioni o definizioni con le quali è stata etichettata la suddetta ordinanza sono indubbio indice della «difficoltà a delinear[n]e natura, portata ed effetti» o «a catturarne lo “spirito”»³⁴; e la questione sottostante alla natura della medesima invero concerne i «*limiti di azione* della Corte», considerata la «stretta interdipendenza tra la struttura della sentenza e ciò che attiene ai poteri del giudice»³⁵. In tal senso allora – se può condividersi il ricorso ad un approccio non pregiudizialmente oppositivo alla «evoluzione delle

²⁹ *Ibidem*, n. 11 del *considerato in diritto*.

³⁰ In particolare da M. BIGNAMI, cit., §3.

³¹ A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta*, cit., 575.

³² Così A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie*, cit., 92 (corsivi aggiunti).

³³ A conferma del superiore asserto, si suggerisce la lettura dei contributi raccolti in occasione del seminario “*Dopo l’ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*”, Bologna, 27 maggio 2019, disponibili in [Forum di Quaderni costituzionali](#).

³⁴ Così C. PANZERA, *L’ordinanza “una e trina”*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 7 giugno 2019, 1. Sebbene l’Autore riporti il suddetto elenco per intero – con i relativi riferimenti bibliografici (note 1 e 2) – interessa qui richiamare, in particolare, le seguenti definizioni: «fantasiosa» (S. Prisco), «bifronte» (C. Masciotta), «bipolare» (G. Razzano), «ibrida» (G. Giunta), «omeopatica» (G. Famiglietti) – oltre alla, già citata, metafora di A. Ruggeri (i.e. «*circocervo*») – in quanto tutte ugualmente espressive della irritualità del provvedimento medesimo.

³⁵ Virgolettati tratti *ibidem* (il secondo è una citazione da M. S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 903 e ss.).

tipologie decisorie», seppur con le cautele del caso³⁶ – si ritiene che i suddetti “limiti” debbano essere identificati sulla base di una accurata e concreta ponderazione fra l’oggetto della “cognizione” del Giudice costituzionale e gli “strumenti” processuali ad Esso disponibili.

Sotto questo profilo, l’aspetto probabilmente più “irrazionale” del provvedimento è la divaricazione – o «mancata corrispondenza» – tra l’accertamento *sostanziale* e la dichiarazione *formale*, infine versata nel dispositivo, appunto in ragione degli effetti prodotti nei confronti sia del giudice *a quo* sia del Legislatore: se quello (immediatamente) voluto dalla Corte – ovverosia «consentire [...] al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che [...] 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» – sembra infatti coerente con il contenuto di tale (nuovo) strumento processuale, quello dalla medesima (mediatamente) auspicato – ovverosia la «sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela» – ne è invece assolutamente indipendente, poiché esclusivamente rimesso ad imprevedibili ed ingovernabili (quantomeno da parte della Corte) contingenze politiche³⁷.

C’è semmai da chiedersi se, quale e quanto spazio possa mai acquisire lo «spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale» nei rapporti fra Corte costituzionale e Parlamento; e se la ordinanza in commento possa indi rappresentare – allorquando trasfigurata in «*premessa metodologica* per ulteriori e più incisivi interventi a ridosso della discrezionalità legislativa»³⁸ – un utile strumento per sollecitare tale dialogo. Nonché – in ultima analisi – se la scelta effettuata dalla Corte rappresenti una davvero efficace traduzione del suo «compito essenziale» di non “volgere lo sguardo altrove” di fronte alla esigenza di tutelare i diritti fondamentali «le cui nuove fisionomie appaiono illegittimamente violate da disposizioni ormai “fuori dalla storia”»³⁹.

Le prime due domande sono destinate a restare inevase, perlomeno fino alla scadenza del termine indicato nella ordinanza: fino ad allora la decorrenza degli eventi potrà fornire alcune indicazioni, in attesa dell’epilogo (formale e sostanziale) della questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p.; sull’ultima domanda – invece – vogliono di seguito svolgersi alcune, brevi, considerazioni conclusive.

È sempre Antonio Ruggeri a chiedersi «quale immagine traspaia dalla giurisprudenza costituzionale degli operatori di giustizia *con specifico riguardo a ciò che essi possono fare con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali*» altresì rispondendo – seppur in prima battuta – che tale «ruolo [...] si espande e si contrae a fisarmonica [...] al punto di far *dubitare che si dia una concezione o una filosofia di fondo*, un indirizzo cioè linearmente tracciato e coerentemente perseguito nei vari ambiti materiali di esperienza in cui si manifesta»⁴⁰; ed è in ragione della premessa domanda – nonché della relativa e prima impressione – che l’Autore prova indi a declinare il suddetto

³⁶ Ci si riferisce al memento contenuto in E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa” nell’ordinanza n. 207. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3/2019, appunto relativo alla fondamentale «funzione stabilizzatrice» delle regole processuali rispetto all’esercizio del potere giurisdizionale (in C. PANZERA, cit., 2 e 3, da cui è tratto il virgolettato; sempre ivi, nota 7, si rinvia per un’utile rassegna di recenti “divagazioni processuali” della Corte costituzionale). Sui limiti da opporre al c.d. “*judicial activism*”, si rinvia anche A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in press.

³⁷ Entrambi i virgolettati sono tratti da [Corte cost., ord. 207/2018](#), n. 11 del *considerato in diritto*; e non casualmente la evocata «sopravvenienza» della legge è ivi indicata come meramente «eventuale». Come peraltro osserva sul punto 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](#), 12 giugno 2019, 6, «veramente grave sarebbe invece se – in caso d’inerzia legislativa – la Corte si ritraesse nel proprio guscio»; così asseverando il pensiero già espresso da Antonio Ruggeri (cfr. *supra*, §3, nota 30) circa la «credibilità» del Giudice costituzionale, «la prevedibilità delle sue decisioni» nonché «la sua capacità di costringere (e penalizzare) il legislatore che non si attivi pur allorché sia accertato [...] un obbligo costituzionale di normare la materia» (così sempre P. VERONESI, cit.).

³⁸ Cfr. C. PANZERA, cit., 5.

³⁹ Cfr. P. VERONESI, cit., 1.

⁴⁰ Così in A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2018, 3 (corsivi aggiunti).

“ruolo” in base alle tecniche decisorie adottate, in quanto astrattamente (più) idonee ad assicurare la migliore tutela dei diritti fondamentali: dalla c.d. “interpretazione conforme” alla applicazione diretta della Costituzione – nonché delle c.d. “carte dei diritti” (i.e. CEDU *et alia*) – fino alla «abnorme dilatazione della rilevanza nei giudizi in via incidentale» che potrebbe essere intesa, invero, alla stregua di un processo di «riaccentramento» del sindacato di costituzionalità – giusta la connessa «dilatazione» dell’oggetto del relativo giudizio – rispetto a questioni che potrebbero (e dovrebbero?) essere invece risolte direttamente dai giudici comuni⁴¹.

Appare allora di speciale importanza – rispetto al tema indagato – la rilevata «formazione di “catene” [...] di pronunzie giurisprudenziali funzionalmente legate tra di loro e convergenti verso un obiettivo unitario e, per ciò stesso, produttive di un effetto parimenti unitario, che si aggiunge, *quodammodo* sovrastandoli ed assorbendoli, a quelli prodotti dai singoli atti di cui ciascuna catena si compone», soprattutto allorquando le fattispecie scrutinate riguardino questioni di «biodiritto» o di «diritti nuovi» cui la Costituzione repubblicana, per ovvie ragioni cronologiche, non abbia dato esplicito riconoscimento⁴²; tale percorso sembra infatti consentire al giudice – tanto *materialmente* costituzionale, quanto comune⁴³ – di ampliare, in sede giurisdizionale, i confini di concreta salvaguardia dei diritti (fondamentali) rispetto a quanto invece espressamente previsto *de iure condito*.

Se, da un lato, tale estensione potrebbe essere favorevolmente accolta – quantomeno in una logica di massima effettività della tutela – d’altro lato però, oltre al richiamato andamento oscillante (i.e. “a fisarmonica”) della attività giurisdizionale, da essa traspare altresì un indirizzo istituzionale – ma anche culturale – che si ritiene altamente opinabile: la prevalenza del riconoscimento “giurisdizionale” dei diritti, a discapito di quello “politico”.

Asseverando un modello di (invero prolungata) “supplenza” al ruolo – nonché alle, spesso tardive, determinazioni – del c.d. “decisore politico”, il Potere giudiziario si sostituisce materialmente al Legislatore e ne surroga parzialmente le funzioni – in specie, limitatamente alla definizione dei profili oggettivo e soggettivo di attribuzione e godimento dei diritti – interferendo così nel rapporto fra elettore ed eletto nonché alterando, sensibilmente e conseguentemente, il naturale processo democratico-rappresentativo⁴⁴. Ed è significativo che il predetto fenomeno si verifichi soprattutto quando oggetto di dibattito politico-istituzionale siano diritti e libertà *eticamente sensibili*, rispetto alla elaborazione dei quali il Parlamento italiano sconta – da sempre – una spesso insopportabile lentezza; tanto da giustificare, almeno apparentemente, il sussidiario intervento del giudice.

Aldilà della sicuramente fisiologica (anche nei sistemi di *Civil Law*) «produzione giurisprudenziale del diritto» deve dunque rilevarsi – alla stregua di autorevole dottrina – che mentre «il legislatore viene confinato nella identificazione, per clausole generali, degli interessi giuridicamente rilevanti» al giudice compete, invece, «il bilanciamento tra tali interessi con riferimento al caso sottoposto al suo giudizio» nonché «la individuazione del rimedio più coerente con l’interesse ritenuto prevalente»⁴⁵; sicché la creazione giurisprudenziale della norma è operata, appunto, dal giudice comune «identificando gli interessi implicati, stabilendone il bilanciamento [ed indi] *definendo praeter legem le modalità processuali attraverso le quali possano essere garantiti*»⁴⁶.

⁴¹ Virgolettati tratti *ibidem* (in proposito, si veda il sommario del nominato contributo).

⁴² Cfr. *ibidem*, 20 e 21. Osserva *funditus* l’Autore che, non di rado, tale “catena” è contraddistinta da uno o più “anelli” forgiati da pronunce delle Corti europee conducenti, poi, ad una univoca e sintetica decisione della Corte costituzionale, che infine consente ai giudici comuni di implementarne gli asserti nell’ambito dell’ordinamento giuridico italiano.

⁴³ Espressione mutuata sempre *ibidem*, 22 e nota 30. Per una rassegna dei casi esemplari, si rinvia alla lettura del citato contributo, §§2.1-2.5.

⁴⁴ Alcune considerazioni, in materia, si ritrovano già nel risalente R. DI MARIA, *Il bilanciamento tra libertà civili e tutela della scurezza alla luce della rule of law: la crisi del Potere Legislativo di fronte a quello Giudiziario*, in *Mediterranean Journal of Human Rights*, vol. 12/2008, 311-319.

⁴⁵ Cfr. S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi.it*, 17/2018, 4, che sul punto riprende AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014.

⁴⁶ Sempre S. STAIANO, cit., 4, richiamando Cass., Ss.UU., 25 gennaio 2017, con riferimento a [Corte cost., sent. 278/2013](#) (corsivo aggiunto).

È allora con riguardo al suddetto, ultimo, profilo che occorre interrogarsi: qual è – se esiste – il limite legale oltre il quale il giudice (anche *sui generis*, come la Corte costituzionale) non deve spingersi, nella costante ricerca del “virtuoso mezzo” fra tutela dei diritti e rispetto delle forme processuali?

Dopo avere aperto «una vistosa fessurazione nella chiave di volta del sistema di giustizia costituzionale [i.e. la incidentalità, ndr.]» al fine di correggere un (asserito) «vizio d’azione del legislatore politico» – mediante «la produzione giurisprudenziale prima di una norma concernente il sistema processuale» e poi «di una norma che corregga nel merito le scelte legislative» – sembra ora che la Consulta rischi di smarrire la propria identità, connotata da funzioni in cui «si contemperano natura tecnica e natura politica», nel pervicace «assedio alle zone franche» e nell’uso disinvolto dei c.d. “controlimiti”⁴⁷.

In ultima analisi, v’è la sensazione che continuare a derogare alle regole processuali – ontologicamente funzionali a delimitare il Potere giudiziario *tout court* – possa compromettere la posizione di (necessaria) “neutralità” politica della Corte costituzionale⁴⁸; determinando così un *vulnus* al sistema istituzionale ben più grave della – discutibile ma, ormai, ampiamente diffusa – prevalenza del *riconoscimento giurisdizionale* dei diritti, rispetto a quello *politico*: l’eventuale – e contingente – sacrificio delle forme processuali, seppur finalizzato alla tutela *sostanziale* di un diritto o di una libertà fondamentali, non deve infatti mai degenerare nella destabilizzazione del (delicato) sistema di *checks&balances* che connota il moderno Stato di democrazia pluralista e – vieppiù – contraddistingue il sistema di giustizia costituzionale.

5. Considerazioni finali sulla «breve conclusione»: the final cut.

La sentenza 242/2019 della Corte costituzionale ha dunque chiuso il c.d. “caso Cappato” ed il Giudice delle leggi non ha (prevedibilmente) smentito sé stesso dichiarando, letteralmente, «l’illegittimità costituzionale dell’art. 580 del codice penale, nella parte in cui *non esclude la punibilità di chi*, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione – *agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente* [corsivi aggiunti, ndr.]»⁴⁹.

⁴⁷ Tutti i virgolettati sono tratti *ibidem*, 9. Le relative argomentazioni sono altresì ricavate e rielaborate da E. CHELI, *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, e C. MORTATI, *La legge provvedimento*, Milano, 1968. I casi esemplari ivi richiamati sono – per il superamento delle c.d. “zone franche” – [Corte cost., sentt. 1/2014](#) e [35/2017](#), e – per l’uso dei c.d. “controlimiti” – [Corte cost., sent. 238/2014](#). Per giustificare il titolo del presente lavoro – riprendendo, con non poca levità e con una allusione cinematografica, la metafora utilizzata da Antonio Ruggeri (cfr. *supra*, nota 23) – ci si domanda quale potrebbe allora essere, dopo l’ircocervo, il prossimo “animale fantastico” inseguito e catturato dalla Corte costituzionale: un ippogrifo, un unicorno o, forse, una chimera (nelle cui sembianze trasfigurare un altro, irrituale, provvedimento processuale).

⁴⁸ Si rammenta qui l’ammonimento di A. POGGI, *La Corte e la legge elettorale*, in [Federalismi.it](#), 15/2016, sul rispetto delle forme processuali quale garanzia del «posto» che la Corte occupa nel sistema costituzionale.

⁴⁹ Alla sentenza della Corte costituzionale deve aggiungersi, per vero, anche quella della Corte di Assise di Milano – di cui allo stato si conosce, però, soltanto il dispositivo – che ha assolto Marco Cappato «perché il fatto non sussiste» (n.b. formula assolutoria peraltro processualmente opinabile) presuntivamente in applicazione degli argomenti dedotti dalla Consulta nella commentata [sent. 242/2019](#) (cfr. *ex multis*: *Marco Cappato è stato assolto*, in [ilPOST](#) del 23 dicembre 2019).

Non si vuole entrare nel merito delle argomentazioni – ché invero non sono state oggetto del presente lavoro nei precedenti §§ – se non soltanto evidenziare che quanto infine accaduto era stato, con lungimiranza, previsto da Antonio Ruggeri e compendiato nel richiamato interrogativo: «conviene alla Corte correre il rischio di essere contraddetta da...*se stessa?*»⁵⁰.

Semmai possono licenziarsi alcune, brevissime, considerazioni sopra le conclusioni tratte al tempo della pubblicazione della ordinanza – quindi ad un anno di distanza fra loro – in ordine al “valore” che oggi pare assumere la condotta processuale della Corte costituzionale; valore che emerge con chiarezza già dal titolo del commento – licenziato da Antonio Ruggeri – alla citata sentenza: «rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del Legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito»⁵¹.

Se infatti ci si è voluti interrogare proprio sugli effetti prodotti da (eventuali) deroghe alle regole processuali costituzionali – sotto il duplice profilo: della “neutralità” della Consulta e dei rapporti istituzionali fra Essa e gli altri Poteri dello Stato (cfr. *supra*, §4) – davvero grave appare l’ammonimento ivi rilasciato, in materia, da Antonio Ruggeri: sebbene dalla [ord. 207/2018](#) risultasse infatti – alquanto chiaramente – «l’impressione [...] di voler preservare la [sfera riservata agli apprezzamenti discrezionali (o, diciamo pure, politici *tout court*) del Legislatore]» cui «più e più volte» la Corte stessa ha fatto rimando, tuttavia «il messaggio che oggi ci viene indirizzato dal Giudice delle leggi è che, laddove una disciplina normativa giudicata costituzionalmente necessaria non dovesse venire alla luce per mano del Legislatore, sarà [Esso] a farsene carico, *senza limite di sorta*»; sicché non v’è (più) «alcun confine sicuro ed invalicabile entro il quale la volontà del Legislatore, e *solo essa*, potrà affermarsi e farsi valere» e «sarà, di contro, la Consulta a stabilire d’ora innanzi fin dove far espandere e dove invece contrarre la sfera rimessa alla regolazione da parte delle Camere»⁵².

Peraltro se è vero – come asseverato dallo stesso Antonio Ruggeri – che il ricorso alla superiore “supplenza” pare comunque confinato, allo stato, entro gli (angusti) limiti di «situazioni oggettivamente eccezionali [...] in cui siano in gioco beni della vita di cruciale rilievo»⁵³ – ed indi riconducibili, verosimilmente, alla salvaguardia di diritti umani *stricto sensu* fondamentali – tuttavia dalla sentenza da ultimo citata non è possibile dedurre quali siano le «coordinate del sistema vigente» grazie alle quali la Corte potrebbe identificare, in concreto, «i criteri di riempimento costituzionalmente necessari» a riscrivere o ad integrare una determinata disciplina normativa⁵⁴; in tal modo sostituendosi, pertanto, la discrezionalità del Giudice (seppur costituzionale) a quella del Legislatore.

Tale ultima considerazione (personale) pare peraltro trovare autorevole conforto presso chi, in dottrina, ha rilevato un effettivo «problema di legittimazione» nella condotta processuale della Corte costituzionale «*politicamente* [derivante] dalla *ricerca di un consenso* intorno alle decisioni prese [nonché] dall’esigenza di costruire un’adesione da parte della opinione pubblica sui suoi contenuti»⁵⁵; ed essere ulteriormente corroborata dalla critica all’assioma per cui «nelle crisi delle istituzioni di governo e dei partiti politici, una via d’uscita sia il ruolo di *supplenza* o, meglio, l’*attivismo* del

⁵⁰ *Supra*, §3, nota 31.

⁵¹ Cfr. appunto A. RUGGERI, *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](#).

⁵² Virgolettati tratti [ibidem](#) (corsivi aggiunti).

⁵³ Cfr. sempre [ibidem](#).

⁵⁴ Gli ultimi due virgolettati sono tratti da [Corte cost., sent. 242/2019](#), n. 4 del *considerato in diritto*.

⁵⁵ Il riferimento è a A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 258. L’Autore fa espresso riferimento proprio alla [ord. 207/2018](#), sul c.d. “caso Cappato”, nonché alla sent. 1/2014, sul c.d. “Porcellum” (i.e. la legge elettorale 270/2005) ed alla [sent. 10/2015](#), sulla c.d. “Robin Hood Tax”, quali decisioni che hanno «segnato una ennesima *svolta*» nel diritto processuale costituzionale e sintomo della transizione verso un modello giudiziario retto da una «legalità-*legittima*», in ragione della quale sono «i valori (spesso senza aggettivazioni) che orientano le forme [processuali]» (cfr. [ibidem](#), 252-253).

giudice costituzionale» – ossia l’esercizio giudiziario di una concreta «attività politica di governo» – finalizzata appunto a colmare i c.d. “vuoti della politica”⁵⁶.

Se la questione problematica inerisce dunque al corretto equilibrio fra i Poteri dello Stato – prima che soltanto alla loro separazione – allora la domanda, posta in termini generali da Andrea Morrone, pare trovare una risposta nelle conclusioni elaborate da Antonio Ruggeri, seppur con specifico riferimento al “caso Cappato”: «può la progressiva espansione [...] dell’attività del giudice delle leggi [...] surrogare le vie, *istituzionali* e più *consolidate*, della partecipazione democratica così come si realizza per mezzo della rappresentanza politica o degli istituti di iniziativa popolare diretta?»; «al tirar delle somme [la Corte costituzionale] reputa di avere carta bianca praticamente su tutto: sul se, sul dove, su come intervenire. È questa [...] la lezione che si ricava dalla complessiva manovra avviata lo scorso anno ed oggi portata a compimento: una lezione rilevante (e preoccupante) [sul] piano istituzionale, laddove si definiscono (e ridefiniscono) senza sosta, *iussu iudicis*, gli equilibri (e squilibri...) tra la stessa Corte e il legislatore»⁵⁷.

Sullo sfondo – ma soltanto apparentemente – restano poi i diritti: il loro riconoscimento e la loro garanzia; ed anche sotto questo profilo – ad integrazione di quanto asserito *supra*, §4 – vogliono infine richiamarsi alcune considerazioni di Antonio Ruggeri.

Se – come pare – dalla vicenda oggetto delle richiamate ordinanza, prima, e sentenza, poi, della Consulta emerge la volontà di estendere *giurisdizionalmente* i confini del diritto alla autodeterminazione anche in relazione ai c.d. “casi di fine vita” – sia come espressione della vocazione *umanista* della Costituzione repubblicana, sia come tendenza emergente dal corpo sociale ovvero sia come «consuetudine culturale» – deve tuttavia convenirsi che dovrebbe «tocca[re] al legislatore [...] fare il primo passo [,] portando ad emersione i nuovi diritti fondamentali ovvero rimettendo a punto ed aggiornando i vecchi, a mezzo di enunciati duttili ed essenziali» e soltanto successivamente «ai giudici [...] far luogo alla necessaria specificazione degli enunciati legislativi, a mezzo di regole idonee a darvi la opportuna *attuazione*»⁵⁸. In tal modo preservando l’equilibrio del piano dei rapporti istituzionali e fra i Poteri dello Stato – aldilà della tipizzazione dei ruoli, comunque “aurea”, ereditata dalla tradizione costituzionale di ispirazione liberale⁵⁹ – altresì valorizzandone la leale cooperazione, quale indefettibile elemento di sintesi del moderno – nonché contemporaneo – pluralismo sociale.

⁵⁶ *Ibidem*, 282. Afferma ivi, stentoreo, l’Autore: «i vuoti della politica di colmano con la politica non con scorciatoie *giuristocratiche*». Per una lettura critica alle argomentazioni dell’Autore cfr., invece, R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, liberamente disponibile negli articoli all’indirizzo telematico <http://www.robortobin.it>.

⁵⁷ Virgolettati tratti, rispettivamente, da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 283, e A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite*, cit.

⁵⁸ Così A. RUGGERI, *Pentole o ombrelli costituzionali?*, in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti e C. Mainardis (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 758.

⁵⁹ Parafrasando sempre A. Ruggeri ed il suo riferimento *ibidem*, 759-760, all’art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789.

Vincenzo Tigano

Il divieto di accanimento terapeutico nella sfera del diritto penale: obblighi di garanzia del medico, autodeterminazione del paziente e rischio consentito

ABSTRACT: *The prohibition of therapeutic obstinacy in the scope of criminal law: medical duties, patient self-determination and permitted risk*

The article aims to analyze how the prohibition of therapeutic obstinacy, provided by art. 2, para. 2, of the Law n° 219/2017, affects patient rights and medical duties, from the point of view of criminal law. The norm imposes an omissive behaviour on doctors and limits their duty to protect patient life, thus excluding that failure to prevent death-event can be equivalent to its causation, according to art. 40, para. 2, p.c. Art. 2, para. 2, performs also a precautionary function on patient's psycho-physical health: by marking the difference between permitted risk and radically prohibited risk in medicine, i.e. between therapeutic and non-therapeutic medical acts, the prohibition is identified as a precautionary abstention rule for doctors. Finally, the terms of a necessary reform of the law are outlined, by urging the legislator to avoid granting doctors too wide discretionary power and to give relevance back to patient will.

SOMMARIO: 1. Il divieto di ostinazione irragionevole nei trattamenti sanitari, l'eutanasia passiva e le cure palliative: necessarie distinzioni alla luce della legge n. 219/2017. – 2. Il presupposto di applicazione del divieto: la prognosi infausta a breve termine e la prognosi di decesso imminente del paziente. – 3. La complessa individuazione dei confini di operatività del divieto. – 3.1. La prognosi sull'inutilità o sproporzione dei trattamenti e sull'irragionevolezza nell'ostinazione alle cure: accanimento terapeutico "in senso stretto" e "in senso ampio". – 3.2. La natura oggettiva dei criteri finalizzati all'individuazione dei benefici e dei rischi dell'intervento medico. – 4. I contenuti e gli effetti del divieto di accanimento terapeutico: la nozione di "trattamento" e "cura", e le condotte omissive imposte al medico. – 5. (*segue*): Il divieto di accanimento terapeutico come limite agli obblighi di garanzia del medico: l'accertamento del giudice e il deficit di determinatezza della norma. – 6. (*segue*). I nuovi termini della relazione terapeutica tra paziente e medico nel contesto dell'accanimento terapeutico: l'irrelevanza della volontà di ricevere le cure e i trattamenti. – 7. Accanimento terapeutico e rischio non consentito: la responsabilità del medico per lesioni colpose. – 8. Riflessioni conclusive: verso un recupero del ruolo della volontà del paziente.

1. Il divieto di ostinazione irragionevole nei trattamenti sanitari, l'eutanasia passiva e le cure palliative: necessarie distinzioni alla luce della legge n. 219/2017.

Con una prima approssimativa definizione, l'accanimento terapeutico può essere inteso come l'applicazione di terapie su un paziente il cui quadro clinico consenta al medico di escludere *a priori* l'efficacia del suo intervento, da cui potrebbero discendere soltanto, o prevalentemente, rischi per la salute del malato.

La nozione trova una prima base normativa nell'art. 16 del codice di deontologia medica, in cui è presente il divieto di procedure e interventi inappropriati e sproporzionati, da cui non ci possa attendere un beneficio per la salute del paziente; ed oggi nell'art. 2, comma 2, della legge n. 219/2017¹, ove si prevede che «*Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati*».

Sebbene la dottrina abbia talvolta collocato l'astensione del medico dalle terapie integranti l'accanimento terapeutico entro il concetto di "eutanasia passiva"², si può tracciare fin da adesso una

¹ Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

² Così F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1016 ss.; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2018, 3. *Contra* A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Giuffrè, Milano 1984, 77; M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 15, 2009, 20.

sostanziale linea di confine tra i due fenomeni. Con l'espressione da ultimo menzionata si suole fare riferimento alla morte del malato come conseguenza del mancato inizio o della mancata prosecuzione di quei trattamenti o di quelle cure necessari a garantirne la sopravvivenza per un periodo apprezzabile di tempo: tipico esempio è quello relativo a soggetti affetti da gravissimi stati morbosi e tenuti in vita da presidi di sostegno quali l'idratazione, la ventilazione o il nutrimento artificiale in stato vegetativo permanente, la cui mancata applicazione o la cui interruzione ne determinerebbe il decesso³. Invece, nel caso dell'omesso "accanimento terapeutico", l'ipotetica applicazione dei trattamenti non sortirebbe alcun rilevante effetto migliorativo per la salute o per la sopravvivenza del paziente; o addirittura potrebbe arrecargli un pregiudizio, anche solo in termini di aumento delle sofferenze patite, così da soverchiare, secondo un giudizio di valore rimesso al medico, il previsto beneficio. La stessa legge 219 disciplina separatamente i due fenomeni, attribuendo, per ciascuno di essi, un diverso peso al consenso del malato: da una parte, riconosce il diritto del soggetto di rifiutare o di revocare il proprio consenso a essere curato (art. 1, co. 5)⁴, esimendo il medico da ogni tipo di responsabilità penale o civile per non averne impedito la morte, *ex art. 1, co. 6, prima parte*⁵; dall'altra, vieta al sanitario l'ostinazione irragionevole nelle cure e l'applicazione di trattamenti inutili o sproporzionati (art. 2, co. 2), non riconoscendo al paziente il diritto di manifestare una volontà contraria, *ex art. 1, co. 6, seconda parte*⁶.

Tralasciando, per ora, di affrontare la questione opposta, ossia se l'applicazione di trattamenti di sostegno vitale possa costituire una forma di accanimento terapeutico sul paziente⁷, e se quindi in certi casi possa essere preclusa dalla legge prima ancora che dalla volontà contraria dello stesso malato (eventualmente manifestata anzitempo mediante il cd. "testamento biologico", disciplinato

Entrambi gli AA. sottolineano che l'omissione dell'intervento medico nei confronti di malati terminali sia di per sé rispettosa del diritto alla vita di quelli, e sia anzi intesa a evitare una strumentalizzazione dei pazienti in vista di scopi puramente sperimentali e in grado di arrecare inutili sofferenze agli stessi. Critico sulla progressiva dilatazione del concetto di "eutanasia pietosa" ad opera degli interpreti, è anche F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 449; ID., *Il problema della disponibilità del corpo umano*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'Editore, Trento 1992, 67.

³ Inquadrano queste ipotesi nell'"eutanasia passiva", sicuramente lecita se avvenuta col consenso del destinatario delle cure, F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1018; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 89 ss., secondo cui il consenso del paziente integra non solo un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico, ma anche (nella forma negativa del dissenso) un limite del dovere di cura, e dunque della posizione di garanzia del sanitario (91); M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 913; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 8; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008, 30 ss.; ID., *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico*, in *Ius17*, 2009, 443 ss. Invece la giurisprudenza e parte della dottrina ritengono che non possa nemmeno parlarsi di "eutanasia" qualora sia il malato a rifiutare le cure: *Cass. civ.*, sez. un., 4 ottobre 2007 – 16 ottobre 2007, n. 21748; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 693; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2001, 105; G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione, rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. e previd.*, 2009, 3, 488.

⁴ «Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici».

⁵ «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

Dopo l'ingresso della legge n. 219/2017, qualifica questa ipotesi come eutanasia passiva consensuale e lecita, P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., 3.

⁶ «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali».

⁷ Sull'assenza di "sproporzione" nei trattamenti di sostegno vitale, che ne escluderebbe l'inquadramento nel divieto di accanimento terapeutico, si veda *infra*, § 3.1.

dall'art. 4 della normativa in oggetto), va subito chiarito che nella proibizione non rientra certamente la somministrazione di cure palliative sul malato con prognosi infausta a breve termine o imminente. Queste ultime, infatti, consistono nell'applicazione di terapie aventi come fine l'attenuazione delle sue sofferenze, e non il prolungamento della sua sopravvivenza a costo dell'imposizione di affezioni fisiche. Non a caso, la legge n. 219 ha chiarito che è dovere del medico applicare la terapia del dolore (art. 2, co. 1)⁸, consentendogli anche la sedazione palliativa profonda, con il consenso del paziente (art. 2, co. 2, seconda parte)⁹.

Mentre rispetto all'eutanasia passiva e all'esecuzione di terapie palliative, il legislatore pare aver voluto porre un argine alla responsabilità penale del medico, lo stesso non può dirsi per il divieto di accanimento terapeutico. In questo caso, l'apparente limitazione del generale dovere medico di protezione della vita del paziente, apportata dalla norma, lascia aperte diverse questioni in ordine sia alla possibilità che il giudice ritenga indebita la previa astensione del sanitario, ritenendolo dunque responsabile di omicidio mediante omissione, sia alla funzione precauzionale che può essere riconosciuta al divieto in relazione alla tutela dell'incolumità psicofisica del paziente, pregiudicabile dal ricorso a terapie inutili o sproporzionate che, se effettivamente applicate, potrebbero rendere il medico responsabile di lesioni colpose. Come avremo modo di approfondire nel prosieguo, queste problematiche e contraddittorie conseguenze sul piano applicativo, potrebbero essere ricollegabili sia all'irrelevanza attribuita dal legislatore alla volontà del paziente di sottoporsi a trattamenti che per il sanitario integrerebbero "accanimento terapeutico", sia al ricorso a parametri definitivi assolutamente indeterminati in relazione ai presupposti del divieto e alle stesse condotte proibite.

2. Il presupposto di applicazione del divieto: la prognosi infausta a breve termine e la prognosi di decesso imminente del paziente.

L'art. 2, co. 2, esordisce con una clausola mirata a individuare il presupposto del divieto di accanimento terapeutico: «*Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte*». Il destinatario indiretto della proibizione – dato che quello diretto è il medico, a cui il precetto si rivolge espressamente – è dunque il malato che, per le particolari condizioni fisiche in cui versi e per il momento in cui sia stato sottoposto all'attenzione dei sanitari, abbia brevi prospettive di sopravvivenza.

Sul punto, va fatta una premessa. Sebbene la norma sia piuttosto equivoca sul punto, deve ritenersi che, come il termine «*imminenza*» – la cui adiacenza al complemento specificativo «*di morte*», non lascia spazio ad alcun dubbio per l'interprete –, anche l'espressione «*prognosi infausta a breve termine*» si riferisca al solo decesso del paziente: in altre parole, il divieto di accanimento terapeutico andrebbe riferito al solo malato prossimo alla morte, e non anche a quello il cui quadro clinico evidenzia che in breve tempo verrà a essere affetto da un'infermità¹⁰.

Il dubbio sorge perché l'espressione «*prognosi infausta*» potrebbe essere interpretata come un contenitore concettuale ampio, in grado di ricomprendere sia l'evento letale sia eventi avversi non

⁸ «*Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38*».

⁹ «*In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente*».

¹⁰ Così L. EUSEBI, [Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c. p.](#), in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 428 ss., secondo cui l'art. 2, co. 2, si riferisce in modo esclusivo «alle fasi di fine vita», aggiungendo poi: «*nulla quaestio* rispetto a una delle espressioni utilizzate, vale a dire ai casi "di imminenza di morte", trattandosi di un concetto sufficientemente chiaro, riferito alle condizioni in cui l'*exitus* si configura in modo certo come imminente e improcrastinabile. Mentre va precisato il concetto aggiuntivo di "prognosi infausta a breve termine". È necessario tener per fermo, infatti, che una prognosi di quel tipo si può avere soltanto quando si sia determinato un quadro clinico tale da attestare come certo oltre ogni ragionevole dubbio il verificarsi della morte a breve termine».

cruciali, attinenti alla sola integrità fisica del paziente. Tuttavia, se la formula di cui all'art. 2, co. 2, si riferisse alla prognosi di qualunque esito avverso atteso a breve termine sulla salute del paziente – oltre che alla prognosi di morte imminente –, emergerebbe un consistente aspetto di irragionevolezza: verrebbe a essere proibito l'intervento sanitario in caso di previsione di infermità a breve termine e non invece incombente, nonostante sia evidente che il medico abbia maggiori possibilità di valutare i rischi e i benefici per il paziente e di scegliere le migliori strategie curative, con un più vasto spazio di azione, proprio nella prima ipotesi, ossia quando la prognosi sia non così prossima all'avveramento dei fatti.

La precedente conclusione può essere suffragata anche dal confronto con la previsione dell'art. 16 del codice di deontologia medica, che pure proibisce l'accanimento terapeutico, ma con una formula diversa e più precisa di quella utilizzata nella prima norma: il divieto contempla «*procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita*». In questo caso, sia la mancanza di un presupposto simile a quello contenuto nell'art. 2, co. 2, ove è presente l'esplicito riferimento all'evento-morte del paziente, sia la menzione dell'assenza di prevedibili effetti positivi degli interventi sulla «*salute*» o sulla «*qualità della vita*» del paziente, lasciano emergere che il relativo divieto operi nei confronti del medico che si relazioni con un soggetto affetto da una malattia con esito anche solo invalidante, e non necessariamente letale, e che quindi abbia un più esteso ambito applicativo¹¹. Se il legislatore avesse inteso attribuire tale ampio significato anche alla norma di nuovo conio, è ragionevole pensare che avrebbe utilizzato una formulazione simile, limitandosi a vietare l'intervento medico sul paziente con prognosi infausta a breve termine o imminente, senza menzionare il concetto di “morte”.

Alla luce dei precedenti rilievi, appare pertanto razionale un'interpretazione restrittiva dell'art. 2, co. 2, in base alla quale considerare il divieto come riferibile all'irragionevole ostinazione nella somministrazione delle cure e all'applicazione di trattamenti inutili o sproporzionati, su pazienti con prognosi di decesso a breve termine o imminente.

Quanto al concetto di “prognosi”, esso indica una previsione sulla sorte del paziente, che va effettuata dal medico procedente in base alle proprie conoscenze, aggiunte a quelle che un agente ideale appartenente alla sua stessa cerchia professionale dovrebbe avere a disposizione.

Il giudizio prognostico del medico, comunque, si presenta come altamente discrezionale, a causa dell'indeterminatezza dei concetti di «*prognosi infausta a breve termine*» e di «*morte imminente*»: se quest'ultimo può razionalmente essere ricondotto a una previsione di decesso in un lasso di tempo ricompreso tra poche ore e alcune settimane – dovendo quindi agganciarsi a parametri valutativi particolarmente solidi e agevolmente verificabili in tempi stretti da un osservatore esterno –, soprattutto la prima espressione può essere foriera di questioni problematiche. Difatti, la nozione di «*breve termine*» può essere ricondotta ad un compasso temporale che va da alcuni mesi a uno o, al massimo, due anni, ed è fisiologicamente affetta da un alto tasso di opinabilità¹². L'alto tasso di discrezionalità connesso alla previsione di esito infausto a breve termine, in tal senso, potrebbe condurre più facilmente ad esiti distorsivi nell'applicazione della norma, rispetto a quanto invece possa riscontrarsi per una previsione di decesso imminente che poi si riveli inesatta per via di un prolungamento dei tempi della morte naturale: nel primo caso, infatti, qualora il medico decida di astenersi dalle terapie e poi il soggetto muoia in tempi più lunghi rispetto a quelli inizialmente supposti (così, ad esempio, passandosi nei fatti da qualche mese di vita prevista a più di due anni di effettiva sopravvivenza), l'errato giudizio del medico potrebbe collocare la sua stessa astensione al di fuori dell'ambito applicativo del divieto di accanimento terapeutico, potendo farlo soggiacere a

¹¹ In tal senso L. EUSEBI, [Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?», cit.](#), 426, che, con riferimento all'art. 16 del codice deontologico, afferma che il criterio della proporzione dei trattamenti sanitari, «com'è ben noto, non vale solo con riguardo alle condizioni di fine vita, bensì ha rilievo generale».

¹² Si veda, sul punto, quanto affermato da L. EUSEBI, *Dat: un testo migliore era possibile*, in [La Voce del Popolo](#), 21 dicembre 2017: «Il fatto è che quello di prognosi “a breve termine” è concetto vago, esteso in letteratura a una previsione di morte (ma di quale livello statistico?) a sei mesi, un anno o addirittura due anni».

un'imputazione per omicidio colposo mediante omissione; mentre, nel secondo caso, la sopravvivenza del soggetto oltre il lasso di tempo in cui va inquadrata la supposta morte imminente, potrebbe comunque rientrare nel concetto di «*esito infausto a breve termine*» (tranne nei casi in cui il sindacato del medico non si riveli errato al punto che la morte pronosticata come imminente avvenga dopo alcuni anni), così evitando al medico di essere imputato per non avere colposamente impedito la morte del paziente, visto che i presupposti del divieto verrebbero comunque integrati.

In base ai precedenti rilievi, per meglio assicurare la protezione della vita, oltre che della libertà di autodeterminazione del paziente (che non può opporre il suo dissenso alla decisione di astensione del medico, in base all'art. 1, co. 6), sarebbe stato più opportuno che il legislatore evitasse di utilizzare l'imprecisa clausola che richiama la prognosi infausta a breve termine, lasciando unicamente il riferimento alla più agevolmente verificabile prognosi di morte imminente, e in tal modo circoscrivendo l'ambito applicativo del divieto a casi-limite.

3. *La complessa individuazione dei confini di operatività del divieto.*

Chiaritone il presupposto, la norma solleva diverse questioni collegate alla ricerca di parametri finalizzati a una chiara circoscrizione dell'area dei comportamenti vietati come accanimento terapeutico.

Si tratta di problematiche legate, in primo luogo, alla difficoltà di stabilire il *discrimen* tra utilità e inutilità dei trattamenti, da una parte, e tra proporzione (o ragionevolezza) e sproporzione (o irragionevolezza) dei trattamenti e delle cure, dall'altra; in secondo luogo, alla scelta se ricorrere, per fissare la suddetta linea di demarcazione, a criteri oggettivi o soggettivi. A sollevarle è stato evidentemente il ricorso, da parte del legislatore, a espressioni nebulose, a tratti incomplete, e in definitiva indeterminate¹³.

3.1. *La prognosi sull'inutilità o sproporzione dei trattamenti e sull'irragionevolezza nell'ostinazione alle cure: accanimento terapeutico "in senso stretto" e "in senso ampio".*

Per fissare una soglia di discriminazione tra il vietato accanimento terapeutico e il doveroso intervento sanitario, occorre anzitutto considerare distintamente, da un lato, il concetto di "inutilità" dei trattamenti da applicare e, dall'altro, le nozioni di "sproporzione" degli stessi trattamenti e di "irragionevolezza" dell'ostinazione nella somministrazione delle cure. Sulla distinzione interna tra "cure" e "trattamenti" ci si soffermerà nel prosieguo¹⁴; basti adesso anticipare che entrambe le espressioni si riferiscono all'applicazione di una terapia sul paziente, secondo modalità differenti che andremo poi ad esaminare.

Pur non essendo stato puntualizzato, è chiaro che nel suo nucleo precettivo minimo, connesso al concetto di "inutilità" del trattamento (che potremmo definire accanimento terapeutico "in senso stretto"), la norma si riferisca a pazienti sui quali non siano applicabili terapie salva-vita o comunque in grado di ritardare il momento del decesso. In entrambi i casi potrebbe parlarsi di interventi inutili,

¹³ Sulla questione della mancanza di determinatezza della nozione di "accanimento terapeutico", già prima della legge 2017, si veda S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 685 ss., che passa criticamente al vaglio i diversi tentativi ermeneutici di venire a capo del problema. Si vedano anche S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 767-768, che sottolinea la mancanza «di ancoraggio a solidi presupposti scientifici»; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 75, che parla di situazione «vaga e indefinibile». Anche in seguito all'emanazione della legge, parla di deficit definitorio P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., 15.

¹⁴ Si veda *infra*, § 4.

in quanto di per sé inidonei a sortire rilevanti effetti positivi sulla salute del paziente, a prescindere dalla considerazione di eventuali rischi ¹⁵.

Invece, per giungere a un sindacato preventivo sull'irragionevolezza dell'ostinazione nelle cure o sulla sproporzione dei trattamenti – concetti richiamati dall'art. 2, co. 2, disgiuntamente a quello di “inutilità” degli stessi trattamenti –, non basta appuntare l'attenzione sull'assenza o sull'irrealizzabilità degli scopi curativi ¹⁶. È necessario, piuttosto, tenere conto anche dei rischi che le terapie potrebbero sortire sulla salute del malato, mettendoli a confronto con i possibili benefici, oltre che con i presupposti pericoli sul bene-vita derivanti dal processo causale già in atto ¹⁷: qualora i potenziali effetti negativi dell'intervento medico sul paziente siano prevalenti sui benefici attesi dalle cure, potrebbe parlarsi di accanimento terapeutico “in senso ampio”.

Che debba tenersi conto dei possibili pregiudizi per il paziente, oltre che dei potenziali benefici per lo stesso, lo si evince dal tenore dell'art. 2, comma 2, della legge: se, per ritenersi il divieto operativo, rilevasse soltanto la mancanza di una fondata attesa di ampliamento delle *chances* di vita del malato, non si capirebbe il senso del ricorso ai concetti di “irragionevolezza” e “sproporzione” delle cure e dei trattamenti, che tipicamente sottendono un giudizio di bilanciamento tra i mezzi e gli scopi dell'intervento. In tale direzione, l'espressione “inutilità”, pure essa utilizzata nella norma, avrebbe da sola dato conto dell'inidoneità dei trattamenti a sortire effetti positivi sul paziente, e giustificato così il divieto dell'intervento del medico. È proprio il predetto binomio concettuale, in altre parole, a imporre al sanitario di procedere a un preventivo confronto tra i benefici e i rischi per il paziente, anche quando questi sia giunto a uno stadio terminale.

Così ragionando, oltretutto, risulterebbe manifesta la *ratio* della norma, ossia quella di preservare il soggetto da malattie in grado di ridurre ulteriormente la funzionalità dell'organismo e di cagionargli sofferenze fisiche ¹⁸, a fronte di prospettive non rilevanti di sopravvivenza.

Quanto alla prognosi sulla sproporzione dei trattamenti e sull'irragionevolezza dell'ostinazione nelle cure, si tratta di un giudizio di bilanciamento tra i possibili vantaggi e i possibili esiti avversi dell'intervento medico, basato su quelli che sono gli elementi conoscibili dall'agente modello di riferimento, aggiunti alle ulteriori conoscenze eventualmente possedute dal medico precedente. Così, per stabilire se siano prevalenti i rischi o i benefici, occorrerebbe, da un lato, valutare il tipo e la

¹⁵ In tal senso, sul concetto di “inutilità” delle cure e dei trattamenti, si veda L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1230; ID., [Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?](#), cit., 426, secondo cui inutili sono i «trattamenti inefficaci, ancorché fossero richiesti»; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 686: «nei confronti di un malato giunto alla fase terminale, la totale assenza di *chances* di successo potrebbe infatti costituire già un motivo sufficiente a negare legittimazione alla terapia, anche quando non ne derivi un aumento della sua sofferenza». Così pure C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. V di S. RODOTÀ – P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano 2011, 587 ss., alla cui ampia trattazione del concetto di “futilità” si fa rinvio.

¹⁶ Al contrario, il giudizio disciplinato dall'art. 16 del codice di deontologia medica, nello stabilire cosa si intenda per interventi terapeutici «*cl clinicamente inappropriati ed eticamente sproporzionati*», prende espressamente in considerazione soltanto l'assenza di «*un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita*» del paziente. In tal senso C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e “accanimento terapeutico consentito”*, in *Cass. pen.*, 2011, 2943, secondo cui la norma traduce «il solo criterio dell'inefficacia in relazione all'obiettivo del beneficio del paziente».

¹⁷ Si veda la Relazione al Disegno di legge d'iniziativa dei senatori Bompiani, Jervolino Russo, Melotto, Pinto, Ceccatelli, Di Lembo, Ruffino, Condorelli, Saporito, Di Stefano, Boggio, Ianni D'Amelio, Santalco, Coviello, Parisi, Busseti, Salerno e Chimenti, 21 luglio 1987, n. 236, *Tutela dei diritti del malato con particolare riguardo alla condizione di degenza*, in cui si legge che il divieto avrebbe dovuto essere mirato ad evitare che «gli effetti collaterali della cura stessa si traducano in sofferenze ulteriori per l'ammalato». In tal senso anche Comitato nazionale per la bioetica, *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, 14 luglio 1995, che definisce l'accanimento terapeutico come un «trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunga la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulti chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica». In dottrina cfr. F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?*, cit., 9, secondo cui una terapia «in tanto è doverosa in quanto apporti al paziente un beneficio superiore ai suoi effetti collaterali indesiderati; non lo è, ovviamente, nel caso contrario»; conf. L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., 1230-1231.

¹⁸ In questi termini, *Cass. pen.*, sez. IV, 24 novembre 2015 – 2 febbraio 2016, n. 4339; *Cass. pen.*, sez. un., 25 gennaio 2005 – 8 marzo 2005, n. 9163.

gravità di pregiudizi psicofisici pronosticati, il grado di possibilità della loro verifica, la durata e la rimediabilità degli stessi; e, dall'altro lato, tenere conto di quanto tempo possano essere incrementate le aspettative di sopravvivenza del soggetto con prognosi infausta, e del grado probabilistico di verifica del beneficio atteso¹⁹. Infine, nel contemperare gli interessi e i controinteressi in gioco, non si potrà prescindere dall'attribuire rilevanza alle condizioni psicofisiche in cui si trovi il paziente, che potrebbero incidere sulla considerazione sia dei rischi sia dei benefici²⁰. Eccetto che per il confronto oggettivo tra i livelli probabilistici di verifica dei due contrapposti eventi, si tratta, a ben vedere, di un giudizio di valore²¹: il medico si troverà a decidere discrezionalmente se, a fronte di una stimata possibilità di evitare o di ritardare il decesso del paziente, siano sopportabili i preventivati costi fisici dell'intervento, con conseguente dovere di attivarsi nei suoi confronti; o piuttosto se le *chances* e i tempi stimati di un prolungamento della vita del malato non siano sufficienti a giustificare alcun rischio per la sua salute psicofisica²², con conseguente dovere di astenersi dall'agire. Così, ipotizzando che l'intervento del medico sia verosimilmente in grado di ritardare la morte del paziente, ma con modalità idonee ad arrecargli altrettanto probabili sofferenze fisiche – di carattere consistente, duraturo e poco sopportabile – per il periodo di tempo che gli rimanga da vivere, si finirebbe per ritenere la terapia proporzionata o sproporzionata, in base alla preminenza attribuita alla vita del paziente o alla sua integrità psicofisica complessivamente intesa.

Proprio il rilevato eccesso di discrezionalità rende discutibile – come avremo modo di approfondire più avanti – la scelta legislativa di aver lasciato interamente la decisione in capo al medico e di avere, invece, escluso la rilevanza dell'eventuale volontà del paziente di essere comunque sottoposto a trattamenti e cure.

I precedenti rilievi consentono, infine, di trarre un'ulteriore conclusione sul campo di operatività del divieto: l'applicazione dell'alimentazione, dell'idratazione o della ventilazione artificiale su un malato, non costituirebbe "accanimento terapeutico", nonostante esse rientrino nella generale categoria dei "trattamenti", secondo quanto disposto dall'art. 1, co. 5. Difatti, il benefico effetto dei presidi di sostegno vitale sulle *chances* di sopravvivenza del paziente non risulta generalmente controbilanciato da costi oggettivi per l'integrità fisica dello stesso, per cui non potrebbe ritenersi che si tratti di trattamenti inutili o sproporzionati, come tali vietati dalla legge²³: in questo caso, soltanto

¹⁹ Si veda L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire?»*, cit., 428.

²⁰ Così L. EUSEBI, [Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari](#), in *Criminalia*, 2006, 252.

²¹ Dei termini utilizzati per definire l'accanimento terapeutico come «concetti di valore che rinviano al senso della prosecuzione della vita», parla M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 103.

²² Non a caso, in queste ipotesi parla di mero «breve prolungamento della vita fisica» del paziente, L. EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, in C. VIAFORA (a cura di), *Quando morire?*, Cedam, Padova 1996, 247.

²³ Cfr., in tal senso, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 685: «l'omissione delle terapie mediche o chirurgiche rientranti nella nozione di accanimento terapeutico non implica di per sé anche l'omissione delle terapie di sostentamento vitale»; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace?"*, cit., 9, che pure non riconduce l'applicazione dei trattamenti di sostegno vitale al concetto di accanimento terapeutico: secondo l'A., i primi rappresenterebbero interventi appropriati e proporzionati per la scienza medica, rispetto ai quali si pone soltanto il problema della rilevanza del rifiuto del paziente, oggi disciplinato dall'art. 1, co. 5, della legge 219. Anche Cass. civ., sez. I, 4 ottobre 2007 – 16 ottobre 2007, n. 21748, esclude che i tipici trattamenti di sostegno vitale integrino accanimento terapeutico, tranne che, «nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che superi uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione». Conf. A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, 17 ss. *Contra* F. ABEL, voce *Accanimento terapeutico*, in S. LEONE – S. PRIVITERA (a cura di), *Dizionario di bioetica*, EDB, Bologna 1994, 3 ss., che identifica l'esecuzione dei trattamenti di sostegno vitale su soggetti che abbiano perso l'autonomia delle funzioni biologiche, con l'accanimento terapeutico; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 106, secondo cui «nei confronti di una vita biologica non autonoma, il dovere di intervenire non ha più la funzione strumentale tipica del trattamento medico, ma sconfinata nell'accanimento terapeutico»; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007, 233. Un'insistente invocazione della nozione di accanimento terapeutico nell'ambito dei trattamenti di sostegno vitale (nello specifico, l'alimentazione e l'idratazione artificiale) è presente anche nelle sentenze della Corte di appello di Milano del 25 giugno

la volontà del malato – eventualmente manifestata attraverso le direttive anticipate di trattamento – può determinare l’astensione o la condotta interruttiva del medico.

3.2. *La natura oggettiva dei criteri finalizzati all’individuazione dei benefici e dei rischi dell’intervento medico.*

Quanto al secondo profilo problematico, quello che attiene ai criteri da adottare per valutare e ponderare i benefici e i rischi che correrebbe il paziente a seguito della somministrazione delle cure e dell’esecuzione dei trattamenti, in dottrina c’è chi ha definito l’accanimento terapeutico, in senso oggettivo, come applicazione di una terapia «incapace di produrre alcun risultato o, addirittura, generatrice di una patologia diversa e ulteriore da quella di cui soffre il paziente»²⁴. C’è chi, avendo attribuito valore preminente al volere del paziente terminale di ricevere, o viceversa non ricevere, cure e trattamenti sproporzionati, ha collocato il fenomeno entro confini esclusivamente soggettivi²⁵. C’è chi vi ha rinvenuto al contempo una dimensione oggettiva e una soggettiva²⁶. C’è poi chi, nel porre sul piatto della bilancia i costi e i benefici del trattamento, ha annoverato tra i primi persino le spese economiche che il centro ospedaliero – e in ultima istanza, il Servizio sanitario nazionale – dovrebbe affrontare per il paziente²⁷: in tal modo, tuttavia, si è data rilevanza a un aspetto che, pur rilevante sul piano dell’economicità delle scelte mediche e quindi del *management* aziendale, non

2008, e del 26 novembre 1999, nel caso Englaro, in [ANSA.it](#), in quella del Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16 dicembre 2006, nel caso Welby, in [Altalex](#).

²⁴ I. LEONCINI, *I reati contro la vita*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, II ed., Giappichelli, Torino 2016, 67. In senso oggettivo, si veda pure il Consiglio Superiore di Sanità, Parere del 20 dicembre 2006, in *Guida al dir.*, 2007, I, 38, per «accanimento terapeutico si intende la somministrazione ostinata di trattamenti sanitari in eccesso rispetto ai risultati ottenibili e non in grado, comunque, di assicurare al paziente, una più alta qualità della vita residua, in situazioni in cui la morte si preannuncia imminente e inevitabile». In una posizione formalmente oggettivistica, si colloca pure L. EUSEBI, [Note sui disegni di legge](#), cit., 260, che enfatizza il riferimento alle condizioni psicofisiche del paziente «non, dunque, nell’ottica di una soggettivizzazione delle scelte sulla vita, ma pur sempre entro l’ambito di binari oggettivi al cui interno tali considerazioni appaiano necessarie proprio per concretizzare il giudizio di proporzionalità»; ID., *Criteriologie dell’intervento medico*, cit., 1231; M. RONCO, *L’indisponibilità della vita*, cit., 5.

²⁵ Così F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., 1019-1020; C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, cit., 586, secondo cui «se il paziente dà il suo consenso ad un trattamento, ovviamente non ha senso parlare di AT».

²⁶ F. D’AGOSTINO – L. PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia 2007, 124: «La determinazione concettuale dell’accanimento terapeutico comprende elementi oggettivi (definibili sulla base di parametri scientifici, accertabili dal medico) ed elementi soggettivi (che scaturiscono dal dialogo interpersonale nell’attenzione del medico alle esigenze soggettive del paziente)». Nonostante gli AA. ragionevolmente ritengano che per parlarsi di “accanimento” non debba farsi ricorso a «criteri quantitativi predefinitivi applicabili a qualsiasi situazione», si tratta tuttavia di un approccio che tende a sminuire il ruolo oggettivamente “terapeutico” degli interventi sanitari – dettato da un ragionevole, per quanto non precristallizzabile, bilanciamento tra costi e benefici – per attribuire un valore decisivo – invero smentibile sotto diversi profili, come vedremo più avanti – alle esigenze personali del paziente, e dunque al suo previo consenso. Si veda D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1208, secondo cui – in un contesto normativo comunque precedente a quello segnato dall’avvento della legge n. 219/2017 – «se i poteri e doveri di cura sono condizionati dal consenso informato del paziente, ciò significa che il discrimine fra terapia doverosa ed accanimento dipende anche dalla valutazione soggettiva dell’avente diritto (anche se stipulassimo una definizione di accanimento terapeutico in chiave puramente oggettiva)»; C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2944.

²⁷ Cfr. S. Congregazione per la Dottrina della Fede, *Dichiarazione sull’eutanasia*, 26 giugno 1980, che nel distinguere tra mezzi proporzionati e sproporzionati, afferma che: «si potranno valutare bene i mezzi mettendo a confronto il tipo di terapia, il grado di difficoltà e di rischio che comporta, le spese necessarie e le possibilità di applicazione, con il risultato che ci si può aspettare, tenuto conto delle condizioni dell’ammalato e delle sue forze fisiche e morali». Conf. C. CASALONE, *La medicina di fronte alla morte. Tra eutanasia e accanimento terapeutico*, in *Aggiornamenti sociali*, 2002, 553: «La proporzionalità viene valutata tramite una comparazione: da una parte, alcune caratteristiche che attengono ai mezzi terapeutici in se stessi, come la reperibilità, i costi, gli oneri psico-fisici e i rischi della loro applicazione; dall’altra, i benefici attesi e la loro corrispondenza con il mondo di valori e la visione di vita buona che è propria del paziente». Per una disamina dell’inclusione, nel giudizio di proporzionalità, di considerazioni attinenti alla corretta allocazione delle risorse economiche, sotto un profilo anche etico, si veda C. BRESCIANI, *Proporzionalità della cura e utilizzo razionale delle risorse*, in C. BRESCIANI (a cura di), *Etica, risorse economiche e sanità*, Giuffrè, Milano 1998, 143 ss.

può assumere ovviamente alcun peso specifico sul piano della tutela del paziente, nella determinazione dell'interesse prevalente al fine di inquadrare l'intervento sanitario tra le cure doverose o nell'accanimento terapeutico da censurare²⁸.

La legge n. 219/2017 sembra avere preso posizione sul punto: l'irrelevanza della volontà del paziente di ricevere trattamenti contrari alla legge, stabilita dall'art. 1, co. 6, congiuntamente con il divieto di accanimento terapeutico, previsto dall'art. 2, co. 2, chiarisce che il concetto si basa unicamente su dati oggettivi. È comunque ovvio che la considerazione di parametri oggettivi – pur basandosi essenzialmente sulla letteratura medica e sull'esperienza del sanitario precedente, in ordine al possibile impatto che certe terapie possono sortire sui pazienti – non può prescindere da valutazioni da compiere sul destinatario delle cure, poiché il dato di partenza della prognosi infausta, e quelli conseguenti connessi ai possibili benefici dei trattamenti e ai conseguenti rischi, devono necessariamente essere parametrati alle condizioni psico-fisiche in cui si trovi il malato. Trattandosi, comunque, di considerazioni attinenti a un contesto esterno, afferente alle scelte del medico, non può concludersi che si tratti di dati soggettivi, con ciò intendendo riferirsi soltanto a tutto ciò che pertiene alla volontà del paziente e ai suoi personali obiettivi²⁹. Sul punto, va infine fatta un'ulteriore precisazione. Qualora, a monte, sia lo stesso paziente che rifiuti la sottoposizione a trattamenti e a cure, il medico dovrebbe assecondare la sua volontà a prescindere dalla prognosi sulle sue aspettative di vita, nonché sui benefici e sui rischi derivanti dall'intervento sanitario: se decidesse comunque di intervenire, non starebbe violando il divieto di accanimento terapeutico, ma il dovere di attenersi alla volontà del soggetto a sottoporsi alle terapie³⁰ – stabilito dall'art. 1, comma 5, della legge 219, e a monte fondato sugli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione –, risultando conseguentemente imputabile per il delitto di violenza privata³¹. Resta fermo che, in sede giudiziale, potrà essere ulteriormente accertata l'inosservanza del divieto di accanimento terapeutico, se venga provata l'integrazione dei suoi presupposti e delle sue condizioni di operatività: in tal caso, come verrà analizzato nel prosieguo, il medico che sia comunque intervenuto sul paziente, potrà rispondere a titolo colposo delle lesioni eventualmente cagionate allo stesso. I precedenti assunti costituiscono un'ulteriore prova che la volontà del malato, secondo le intenzioni del legislatore, assume rilievo soltanto in contesti esterni rispetto a quello coperto dal divieto di accanimento terapeutico.

4. I contenuti e gli effetti del divieto di accanimento terapeutico: la nozione di “trattamento” e “cura”, e le condotte omissive imposte al medico.

La disposizione di cui all'art. 2, comma 2, della legge 219 ha strutturato il divieto di accanimento terapeutico mediante la formulazione di precetti di comando alternativi, che impongono al medico di

²⁸ In tal senso F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1024-1025, che sottolinea i rischi di una deriva utilitaristica dei trattamenti da applicare al paziente, a detrimento della vita e della dignità della persona.

²⁹ Così L. EUSEBI, *Note su disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., 260; ID., *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., 1231: «Il giudizio di proporzionalità non esclude il rilievo, ai suoi fini, di considerazioni inerenti alla personalità e alla vicenda esistenziale del malato [...]. Ciò che caratterizza quel giudizio, piuttosto, è la sua riconducibilità, anche quando tenga conto di dati che riguardino il vissuto del paziente, ad argomenti suscettibili di essere condivisi, vale a dire la circostanza di non configurarsi quale mera presa d'atto di manifestazioni della volontà».

³⁰ Cfr. A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita”*, cit., 71: secondo cui, in relazione al dissenso del paziente a ricevere le cure, non rileva la presenza di una situazione di “accanimento terapeutico”, poiché l'ordinamento «attribuisce la facoltà di rifiutare qualsiasi terapia, non solo quella che per la sua superfluità, o inattitudine a preservare o recuperare il benessere del soggetto, o per qualsiasi altra ragione, possa definirsi “accanimento”».

³¹ Così A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 74-75; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 160. Conf. F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 101, e A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita”*, cit., 75, che, tuttavia, ritengono che la semplice inerzia del medico non possa integrare il reato di violenza privata, quando il trattamento di sostegno vitale sia stato già attivato e il rifiuto del paziente intervenga in un momento successivo, in quanto la struttura di reato di evento a forma vincolata impedirebbe la conversione della fattispecie da commissiva in omissiva impropria, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.

«astenersi da ogni ostinazione irragionevole» nel somministrare le cure e «dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati».

Il termine “trattamenti” può essere interpretato come un concetto idoneo a ricomprendere la singola applicazione di una determinata terapia farmacologica o l’esecuzione di un intervento chirurgico sul corpo del paziente. Per quanto nella nozione possa rientrare anche l’attivazione di uno dei presidi di sostegno vitale, come confermato dal comma 5 dell’art. 1, si può ritenere che essi non costituiscano oggetto del divieto inteso nel suo complesso, poiché in queste ipotesi, per le ragioni summenzionate, mancherebbe il carattere di “inutilità” e di “sproporzione” del trattamento.

Il concetto di “cure”, invece, presenta un’accezione più ampia e complessa, essendo generalmente riferibile all’applicazione non di un singolo trattamento (tranne che esso non esaurisca la terapia, avendo *ex se* potenzialità curative), ma di più trattamenti facenti parte della medesima terapia (per esempio, prescrivendo l’assunzione di un farmaco X non *una tantum* ma periodicamente) o di terapie diverse tra di loro, nella specie (ad esempio, la somministrazione del farmaco X e del farmaco Y) o nel genere (ad esempio, la somministrazione del farmaco X e l’esecuzione di un intervento chirurgico sul paziente), e accomunate dal medesimo scopo curativo sul paziente, cioè quello di eliminare o ridurre gli effetti della causa patologica riscontrata³².

Occorre quindi esaminare come i precedenti assunti possano incidere sul tenore della condotta imposta al medico dalla norma.

Rispetto all’obbligo di astensione dal ricorso a trattamenti inutili e sproporzionati, *nulla quaestio*: il medico è tenuto ad omettere il singolo trattamento laddove da esso non si possano prevedere effetti positivi sulla salute del paziente o laddove i benefici pronosticati non siano in grado di superare i possibili rischi.

Rispetto all’obbligo di astensione dall’ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure, va fatta un’ulteriore premessa. La norma, facendo in questo caso uso del termine “ostinazione” – che indica il fatto di “persistere” o di “rimanere fermi” in un proposito o in un comportamento già intrapreso –, implica il dovere di non proseguire nell’applicazione di una terapia già iniziata, attraverso l’adozione di un successivo trattamento di identica natura, o il dovere di non fare seguire a una terapia una diversa e ulteriore terapia che rientri nel medesimo progetto curativo predisposto per il malato. In questi casi, affinché l’obbligo di astensione operi, non occorre che il singolo trattamento appaia *ex se* inutile o sproporzionato, ma è necessario che l’irragionevolezza attenga alla prosecuzione della cura complessivamente intesa, che cioè essa derivi dai prevedibili effetti sortiti sul paziente dall’applicazione continuativa di più trattamenti facenti parte della medesima terapia o di diverse terapie a scopo curativo. Anche in questa seconda ipotesi, inoltre, può dirsi che il comportamento imposto al medico sia di carattere omissivo: infatti, la somministrazione di una cura va rappresentata non come una situazione perdurante a cui si possa porre fine soltanto attraverso un’apposita condotta attiva, ma come la successione di una serie di condotte, omogenee od eterogenee, avvinte dal medesimo fine curativo; per cui l’interruzione di una cura consiste nell’omessa applicazione di un trattamento che dovrebbe seguire ad uno precedente (di identica natura o diverso) ormai esaurito. La norma, quindi, vietando l’ostinazione irragionevole nelle cure, non impone alcun dovere di agire³³.

³² Invece, secondo L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire?»*, cit., 426, al concetto di «cure» non sarebbero riconducibili le terapie tese a guarire la patologia da cui dipende la prognosi di morte imminente o a breve termine, poiché esse rientrerebbero nella nozione di «trattamenti»: l’A. ricomprende nel concetto di «cure» esclusivamente le cure palliative e i presidi di sostegno vitale, considerando quindi irragionevole il divieto in questa prima parte.

³³ Una questione simile era stata posta, prima della legge n. 219/2017, in ordine alla natura, commissiva od omissiva, della condotta del medico che interrompa i trattamenti di sostegno vitale sulla base della revoca del consenso del paziente, al fine di stabilire come escludere la sua responsabilità per omicidio del consenziente, *ex art. 579 c.p.* Secondo parte della dottrina, l’interruzione integrerebbe un’omissione “mediante azione” del medico, rispetto a cui il dissenso del destinatario limiterebbe la posizione di garanzia del primo. In tal senso, si vedano C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Totung auf Verlangen*, in *NStW*, 1987, 349; K. ENGLISH, *Suizid und Euthanasie nach deutschem Recht*, in A. ESER (a cura di), *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches*

5. (segue): *Il divieto di accanimento terapeutico come limite agli obblighi di garanzia del medico: l'accertamento del giudice e il deficit di determinatezza della norma.*

In base a quanto poc'anzi rilevato, il rispetto del divieto di accanimento terapeutico, per come formulato dall'art. 2, co. 2, esigerebbe sempre un'omissione del sanitario. Può dunque dirsi che la norma, nel proibire al medico di intervenire nei casi in cui si verificano le condizioni *ivi* indicate, comporti anche una limitazione degli obblighi assolvibili dallo stesso quale garante della salute del paziente³⁴, subordinando il dovere di garantire la sopravvivenza di quest'ultimo alla previa considerazione del suo benessere complessivo. In tal senso, il precetto finirebbe per limitare efficacemente la responsabilità del medico, ipoteticamente accusato di omicidio mediante omissione, soprattutto laddove vi siano le condizioni per l'operatività del divieto di accanimento terapeutico "in senso ampio"³⁵: si tratta di quei casi in cui i trattamenti o le cure potrebbero essere in grado di ritardare significativamente la morte del paziente – determinando, quindi, il nesso causale tra l'omissione degli stessi e l'evento-morte³⁶ – ma appaiano altamente rischiosi per la sua salute

Problem, Enke, Stuttgart 1976, 315; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1017; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 694-695; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 155; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., 7, 10; ID., *Decisioni mediche di fine vita e 'attivismo giudiziario'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1604. *Contra*, proprio in relazione alla questione della sospensione dei trattamenti di sostegno vitale mediante disattivazione delle macchine, si veda F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 95, che in proposito rileva la mancanza di una base normativa idonea a consentire l'identificazione dell'azione interruttiva in un'omissione, a differenza invece di quanto può dirsi per l'omesso impedimento dell'evento, che equivale alla sua attiva causazione ai sensi dell'art. 40 cpv.; in tale direzione, M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 910-911 obietta che naturalisticamente l'azione positiva del sanitario non può in alcun modo essere intesa come un comportamento omissivo.

Secondo un altro orientamento, si tratterebbe di una vera e propria condotta positiva, scriminata dall'adempimento del dovere di non applicare cure rifiutate dal paziente, *ex art. 32*, comma 2, Cost. Così F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, cit., 95; D. PULITANÒ, *Doveri del medico*, cit., 1199 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 911 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 71; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al Giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018, 16.

Con l'avvento della legge n. 219/2017, il diritto del paziente di rifiutare o di revocare il consenso alle cure, e il correlativo dovere del medico di rispettarne la volontà, col conseguente obbligo di astenersi dall'intervenire o di staccare le macchine in caso di "revoca", è disposto a chiare lettere dall'art. 1, co. 5. Secondo P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., 8, il disposto dell'art. 1, co. 6, della legge, che esime il medico da qualunque responsabilità sul piano penale e su quello civile a seguito della manifestazione della volontà del paziente, disposta dal precedente comma 5, opera come causa di giustificazione per la causazione della morte dello stesso, sia nel caso di mancata attivazione delle cure sia nel caso di attiva interruzione delle stesse.

³⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., 1233; ID., *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., 256; V. MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Cass. pen.*, 2006, 1987, secondo cui il dovere di cura termina «quando venga meno l'utilità obiettiva della cura, ovvero la proporzione tra lo scopo perseguito e gli effetti negativi ad essa connessi»; M. RONCO, *L'indisponibilità della vita*, cit., 20, che rileva come non sussista un obbligo di cura del medico in caso di possibile accanimento terapeutico; S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Giuffrè, Milano 2013, 126-127.

³⁵ In caso di accanimento terapeutico "in senso stretto", ossia laddove un qualunque intervento medico sul paziente terminale risulti "inutile", il divieto di cui all'art. 2, co. 2, della l. n. 219/2017 presenta invero una funzione difensiva solo simbolica per il medico, posto che la stessa nozione di inutilità lascia pensare che l'azione doverosa ipoteticamente posta in essere non sarebbe stata in grado di impedire l'evento o di ritardarlo in misura significativa, con esclusione quindi del nesso di condizionamento tra omissione ed evento. Rispetto a questa specifica ipotesi, pur essendosi comunque di fronte a una formale limitazione degli obblighi di protezione del medico, spicca prevalentemente la funzione precauzionale della norma, su cui si veda *infra*.

³⁶ Il principio di diritto costantemente affermato in giurisprudenza, infatti, è che «*Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica -, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva*». Così Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002 – 11 settembre 2002, n. 30328; Cass. pen., sez. IV, 5 luglio 2004 – 17 settembre 2004, n. 36805; Cass. pen. sez. IV, 25 maggio 2005 – 12 luglio 2005, n. 25233; Cass. pen., sez. IV, 8 giugno 2005 – 7 dicembre 2005, n. 44632; Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2013 – 26 febbraio 2013, n. 9170; Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2013 – 24 aprile 2013, n. 18573; Cass. pen., sez. V, 12 dicembre 2014 – 14 maggio 2015, n. 20063; Cass. pen., sez. VI, 25 agosto 2015 – 13 ottobre 2015, n. 41158; Cass. pen.,

psicofisica complessivamente intesa, risultando quindi sproporzionati o irragionevoli. Poiché la valutazione predittiva sottesa alla norma di nuovo conio tiene conto anche dei “costi” prevedibili dell’azione non compiuta, quella finisce per rappresentare, anche per il giudice, un giudizio “di valore”, meno rigido (ma anche più incerto negli esiti) di quello strutturale sotteso all’accertamento *ex post* del rapporto di causalità, ma idoneo ad escludere sul piano oggettivo la responsabilità sanitaria per mancanza dell’obbligo di impedire l’evento.

Affinché in sede giudiziale possa escludersi l’integrazione del fatto tipico del delitto di omicidio in forma omissiva, occorrerà che il giudice, chiamato ad accertare l’effettiva operatività del divieto di accanimento terapeutico, si collochi mentalmente al momento della decisione di astensione del medico e valuti, a sua volta, se l’intervento omesso sarebbe stato oggettivamente inutile o sproporzionato, attraverso un giudizio prognostico che rifletta nella struttura quello previamente compiuto dal sanitario, ma che tenga conto anche delle circostanze, presenti al momento della scelta di non intervenire, non conosciute né conoscibili dallo stesso. Questo tipo di prognosi su base totale serve a rimarcare come le condizioni di operatività del divieto di accanimento terapeutico, in quanto limitativo degli obblighi di protezione gravanti sul medico in quanto garante della salute del paziente, debbano sussistere sul piano oggettivo e non su quello soggettivo. Così, nel caso in cui il giudice – in seguito all’esame delle cartelle cliniche, all’esperimento della consulenza tecnica degli esperti e all’ammissione delle testimonianze dell’*equipe* medica e paramedica – giunga alla conclusione che il previo giudizio del medico fosse fondato su valutazioni errate e che non vi fossero le condizioni per l’operatività del divieto di intervenire, *ex art. 2, co. 2*, ma che al contrario i trattamenti e le cure sarebbero stati utili e proporzionati, non potrà rinvenire una limitazione normativa al dovere del sanitario di tutelare la vita paziente, e dovrà conseguentemente procedere nell’accertamento della responsabilità del medico per avere cagionato la morte del paziente, stabilendo se siano stati integrati gli elementi oggettivi e soggettivi del fatto di reato. La considerazione delle circostanze non conosciute né conoscibili dal sanitario, tuttavia, pur ritenuta cruciale ai fini della qualificazione delle terapie come utili e proporzionate, potrà escludere che la sua condotta omissiva – pur collocabile al di fuori del divieto di accanimento terapeutico – sia stata colposa³⁷.

Sul punto, va fatta un’ultima riflessione. È chiara la difficoltà incontrata dal legislatore nell’impartire precise direttive di comportamento al sanitario, attraverso la predeterminazione di condizioni che inevitabilmente trovano la loro forma nel caso concreto, in considerazione delle condizioni, delle *chances* e dei rischi del paziente “in carne e ossa”³⁸. Tuttavia, non può nascondersi che la norma in esame presenta degli evidenti deficit di determinatezza nell’indicazione dei presupposti e delle condizioni di applicazione del divieto, conferendo un eccessivo potere discrezionale al medico nella preventiva fase della decisione se intervenire o meno, con possibile pregiudizio per il malato, costretto a subire la decisione del primo in base all’art. 1, co. 6, della normativa. D’altra parte, tale mancanza di specificità genera il rischio di derive ermeneutiche *contra reum* da parte dell’organo giudiziario che, successivamente alla verifica del decesso del

sez. V, 31 maggio 2017 – 31 agosto 2017, n. 39771; Cass. pen., sez. IV, 15 marzo 2019 – 11 giugno 2019, n. 26568; Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2019 – 11 ottobre 2019, n. 41893.

³⁷ Invece M. RONCO, *Scritti patavini*, t. II, Giappichelli, Torino, 2017, 1642, non esplicitando i criteri che dovrebbero guidare la prognosi del medico sulla praticabilità delle terapie nelle situazioni di fine vita, ritiene che si tratti di un giudizio estremamente complesso, perché basato su dati sia scientifici sia soggettivi, e pertanto suscettibile di errori di valutazione tali da escludere il dolo dell’agente.

³⁸ Così L. EUSEBI, *Criteriologie dell’intervento medico*, cit., 1230, secondo cui il giudizio sulla sproporzione delle terapie «non va ricondotto al superamento di soglie standard (per esempio affermando che in presenza di una patologia oncologica diffusa sarebbe *a priori* sproporzionato eseguire più di un dato numero di cicli chemioterapici), bensì va riferito – sulla base pur sempre di regolarità scientifiche note – a ciascun singolo paziente, con riguardo alle sue condizioni nel momento della decisione sul ricorso alla terapia della quale si discute». Conf. F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?*, cit., 9: «Stabilire quando un trattamento possa definirsi ancora ‘utile’ e ‘proporzionato’, e quando sconfini invece in un (inutile) accanimento terapeutico, è normalmente compito della scienza medica, e non del giudice o del legislatore».

paziente, ritenga di non condividere la prognosi o il bilanciamento compiuti dal medico accusato di omicidio mediante omissione³⁹.

Sebbene tale indeterminatezza non sia suscettibile di essere sanata lamentando il contrasto dell'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017 con l'art. 25, co. 2, Cost. – in quanto non si tratta di una norma incriminatrice⁴⁰ – né escludendo l'idoneità della norma a incidere sui contenuti della posizione di garanzia del medico – dato che essa disciplina in senso limitativo gli obblighi da quella derivanti, determinando una contrazione dell'area di responsabilità del medico⁴¹ –, le prospettate conseguenze pregiudizievoli sull'integrità del paziente e, in ultima istanza, sulla libertà dello stesso medico, rendono evidente come sarebbe necessario compensare le fisiologiche imprecisioni della disposizione con l'unico parametro in grado di assegnarle determinatezza: la volontà del paziente. Tranne nei casi in cui l'intervento appaia *ex ante* inutile, o vi sia una condizione di incapacità del malato, il destinatario delle cure è infatti l'unico soggetto in grado di attribuire un concreto peso specifico ai costi e ai benefici dell'intervento, per come prospettato dal medico, e in definitiva di stabilire sia la propria visione di "benessere psicofisico" sia, conseguentemente, la propria concezione di "accanimento terapeutico"⁴².

Avere estromesso il paziente da tale scelta e averla invece attribuita esclusivamente al medico, attraverso indicazioni normative estremamente vaghe e indeterminate sulla base delle quali questi non solo *può* ma addirittura *deve* astenersi, sembra in definitiva una scelta in potenziale contrasto con gli artt. 13 e 32 della Costituzione, parametri che fondano la posizione di garanzia del medico e nei quali, correlativamente, le istanze di tutela del paziente trovano una base fondativa⁴³.

³⁹ Cfr., a tal proposito, le critiche di S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 688: «la nozione di accanimento terapeutico non risulta suscettibile di una precisa definizione e finisce con il rappresentare nulla più che un nucleo di disvalore dai contorni assai sfumati. Diviene così evidente come la materia in esame si sottrae alla fissazione di un corpo di regole precise, in grado di guidare l'attività del medico e di riempire contenutisticamente il suo obbligo curativo e terapeutico: lo spazio libero dal diritto – a torto auspicato da una scienza medica che ha aperto nuovi orizzonti della vita e della morte, così innescando angosce e incertezze che essa non è in grado di risolvere – non riesce ad essere riempito dal legislatore e corre il rischio di trasformarsi in uno spazio di diritto libero, di fatto rimesso alla discrezionalità giudiziale». Più in generale, si veda F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, cit., 218, secondo cui le soluzioni normative non devono «lasciare spazi vuoti affidati al potere medico», ma «fornire determinazioni il più possibile precise e vincolanti per lo stesso potere giudiziario».

⁴⁰ Tuttavia, sull'esigenza di tassatività delle norme che, a vario titolo, escludono la responsabilità, in quanto la loro determinatezza consente all'individuo di avere chiaro il confine tra lecito e illecito, si vedano F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova 1979, 284 ss.; L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 646. Nello specifico, ribadisce la necessaria tassatività delle norme che dovrebbero regolare l'astensione del medico dall'esecuzione di terapie di mantenimento in vita nei confronti di soggetti in stato vegetativo permanente, e dunque determinare la limitazione dei suoi obblighi di protezione, S. SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 534.

⁴¹ Sulla differenza tra fonti creative e fonti di disciplina delle posizioni di garanzia, in quanto solo le prime determinano un allargamento della responsabilità penale, si veda F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova 1975, 189 ss., che ritiene che per le seconde sia sufficiente «un minimo di riconoscibilità e di seguito pratico nei destinatari» (195). Sulle conseguenze della mancanza di tassatività degli obblighi di garanzia, consistenti nella loro inidoneità a fondare un'azione doverosa e a contribuire alla tipizzazione dei reati omissivi impropri, si veda F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 341.

⁴² La capacità «dell'individuo di assumere le decisioni che riguardano la propria vita in armonia coi valori che condivide e con la propria visione del "bene"» costituisce l'essenza del principio di autonomia, secondo S. AGOSTA, *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 febbraio 2010, 11

⁴³ Cfr. F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 37 ss.; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 379; M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 3, 373; L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico*, cit., 432; C. CUPELLI, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle 'scelte di fine vita'*, in *Crit. del dir.*, 2011, 304. Si veda Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2001 – 3 ottobre 2001, n. 35822; Cass. pen., sez. un., 18 dicembre 2008 – 21 gennaio 2009, n. 2437; Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438.

6. (segue) *I nuovi termini della relazione terapeutica tra paziente e medico nel contesto dell'accanimento terapeutico: l'irrelevanza della volontà di ricevere le cure e i trattamenti.*

Pare evidente che il complesso delle norme introdotte dalla legge n. 219 del 2017 ci porta al cospetto di un rinnovamento dei termini della relazione terapeutica tra medico e paziente: la questione sorge dall'eventuale conflitto tra la volontà del malato terminale che richieda di essere sottoposto a terapie salva-vita, e quella del medico che, sulla base di una valutazione di inutilità o di sproporzione dei trattamenti o di irragionevolezza nell'ostinazione alle cure, si rifiuti di applicarle⁴⁴. L'art. 1, co. 6, come abbiamo visto, non attribuisce alcun peso al dissenso del paziente, ed impone al medico l'astensione, nei termini sopra indicati: «*Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge*» e, «*a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali*». Sembra, insomma, che il diritto all'autodeterminazione libera e responsabile del malato sia stato collocato in una posizione recessiva rispetto a un bene che evidentemente il legislatore intende perseguire in via prioritaria e in modo paternalistico: quello dell'incolumità psicofisica dello stesso paziente, messa in pericolo da un inutile o sproporzionato accanimento sul suo corpo.

Il rapporto di "alleanza terapeutica" tra medico e paziente, quindi, appare non più limitato a garantire la sopravvivenza del secondo, ma soprattutto diretto a salvaguardarne la salute⁴⁵, intesa in un senso più ampio di quello discendente dal suo esclusivo collegamento con il bene-vita: la possibile causazione di sofferenze al malato, dovute all'ostinazione irragionevole nelle cure o all'applicazione di inutili e sproporzionati trattamenti, al fine di consentirne un pur breve prolungamento della sopravvivenza, appare come un infierire sul suo corpo, contrario al suo diritto all'integrità psicofisica, piuttosto che un'azione improntata a garantirne il bene complessivo. In tal senso, non può dirsi che la norma esprima un possibile contrasto tra il diritto alla vita e il diritto all'integrità psicofisica del malato: il fatto che i due beni non solo siano omogenei ma pertengano anche al medesimo soggetto, il paziente, implica soltanto che il bene vita non può più essere inteso come assoluto e perseguibile ad ogni costo dal medico, ma soltanto che esso debba ricevere una nuova e diversa valutazione alla luce del benessere complessivo del malato, rispetto al quale il primo risulta funzionale.

Resta la necessità di trovare una giustificazione sostanziale alla compressione del diritto all'autodeterminazione del malato terminale, che non soltanto avrebbe potuto conferire al divieto una consistente cifra di determinatezza, se fosse stato opportunamente valorizzato dalla normativa, ma avrebbe anche consentito al legislatore di perseguire la tutela dell'integrità psicofisica del paziente in una direzione più ragionevole, dato che il consenso rappresenta il presupposto di liceità e il limite

⁴⁴ Cfr., in senso critico, C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2944-2945: «il sovrapporsi della decisione del medico su quella del paziente (del profilo oggettivo su quello soggettivo) rischia di interrompere – di fatto – l'essenza stessa del rapporto terapeutico (ricostruito nei termini di una vera e propria alleanza di cura)».

⁴⁵ Cfr. C. CASALONE, *La medicina di fronte alla morte*, cit., 553, che definisce l'accanimento terapeutico come «un prolungamento della vita fisica non rispettoso della dignità della persona» e del «suo benessere integrale»; C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2950, che, oltre all'integrità fisica, richiama anche il possibile pregiudizio all'autodeterminazione del paziente che si opponga all'accanimento terapeutico. Tuttavia, l'attuale impianto della legge, che non riconosce efficacia alla volontà del paziente di ricevere cure e trattamenti vietati dalla legge, impedisce di configurare l'autodeterminazione dello stesso come interesse la cui protezione possa costituire la *ratio* dal divieto. Spostano l'asse della questione, individuando nella dignità del paziente l'interesse pregiudicabile da condotte di accanimento terapeutico, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 104 (in senso critico, in relazione a pazienti in stato di incoscienza che non siano in grado di esprimersi sulla loro intenzione di continuare ad essere sottoposti ai trattamenti o di "morire con dignità"); A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 81. Tuttavia, la predetta irrilevanza della volontà del paziente nella determinazione degli interventi idonei a integrare delle cure irragionevoli o dei trattamenti inutili e sproporzionati, chiarisce come sia altrettanto impossibile, in base all'attuale intervento normativo, considerare la dignità dell'individuo come interesse la cui protezione sia alla base del divieto: la dignità, infatti, è un bene che – al di fuori dai casi in cui si metta in discussione il valore intrinseco oggettivo dell'essere umano, attraverso condotte di sfruttamento dello stesso per fini che gli siano estranei – non può che dipendere dalla volontà di «autoaffermazione dell'individuo secondo le proprie credenze e le proprie aspirazioni» (usa questi termini per osteggiare una distorsione del termine in senso "eterodeterminato", lo stesso VALLINI, a pag. 73 del contributo prima citato).

dell'intervento medico⁴⁶. In tale direzione, può ammettersi che la volontà del paziente, pur fondando il dovere di agire del medico, debba cedere di fronte alle sue stesse esigenze terapeutiche, obiettivamente intese⁴⁷. Così, la dottrina, ha chiarito che il principio *voluntas aegroti suprema lex* «non significa che al medico tutto sia permesso purché vi sia il consenso del paziente», in quanto «delle scelte terapeutiche il medico ha in ogni caso la responsabilità. È tenuto ad agire secondo le buone regole dell'arte, e ha il dovere di non cedere a richieste di praticare terapie tecnicamente insostenibili o interventi che non abbiano nemmeno un significato obiettivo di terapia»⁴⁸.

Traendo spunto da queste premesse, si può asserire che il divieto che il medico applichi trattamenti e cure inutili e sproporzionati, a prescindere dalla volontà contraria del malato, costituisce una regola precauzionale che impone al sanitario l'astensione in mancanza di scopi terapeutici raggiungibili o comunque ragionevoli.

7. Accanimento terapeutico e rischio non consentito: la responsabilità del medico per lesioni colpose.

Quanto appena accennato trova riscontro in una nota sentenza della Corte di cassazione, la n. 13746 del 2011, che riconobbe una regola cautelare nel divieto di accanimento terapeutico previsto dall'art. 16 del Codice di deontologia medica (nella versione del 2006, vigente ai tempi della pronuncia)⁴⁹, secondo cui «*il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita*».

Il caso giunto all'attenzione dei Giudici di legittimità riguardava l'esecuzione di un intervento chirurgico di laparoscopia su una donna affetta da una neoplasia pancreaticata con diffusione generalizzata di metastasi – e pertanto inoperabile – che, a seguito di una grave emorragia alla milza sorta in seguito all'intervento, era deceduta per arresto cardiaco. La Corte di appello di Roma, confermando la sentenza emessa dal Tribunale monocratico, condannava i tre medici per omicidio colposo. La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso degli imputati, non ravvisò alcuna violazione della legge sostanziale e processuale nella pronuncia del giudice di secondo grado, che aveva identificato la colpa dei medici, oltre che nell'inosservanza delle *leges artis*, nella violazione della regola positiva di prudenza avente fonte nel succitato art. 16 del codice deontologico, secondo cui avrebbero dovuto astenersi dall'intervenire, tenendo conto delle condizioni di inoperabilità della paziente⁵⁰. A quest'esito si pervenne nonostante la donna avesse prestato il suo consenso all'intervento, inquadrato dai giudici nell'"accanimento terapeutico".

⁴⁶ Così, nella specifica materia del fine-vita, A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 76; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 91; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire*, cit., 1196-1197; G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche*, cit., 490 ss. Così, in generale, nella giurisprudenza penale, Cass. pen., sez. VI, 9 marzo 2001 – 12 luglio 2001, n. 28132; Cass. pen., sez. IV, n. 35822/2001, cit.; Cass. pen., sez. VI, 14 febbraio 2006 – 4 aprile 2006, n. 11640; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2008 – 14 marzo 2008, n. 11335; Cass. pen., sez. un., n. 2437/2009, cit.

⁴⁷ Così F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 113.

⁴⁸ D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire*, cit., 1209. In questi termini si veda anche S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, cit., 125-126.

⁴⁹ Sulla differenza di presupposti e di scopi della disposizione rispetto a quella contenuta nell'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017, si veda *supra*, §§ 2. e 3.1.

⁵⁰ «*Il prioritario profilo di colpa in cui versavano gli imputati è stato evidenziato dalla stessa Corte nella violazione delle regole di prudenza, applicabili nella fattispecie, nonché delle disposizioni dettate dalla scienza e dalla coscienza dell'operatore. Nel caso concreto, attese le condizioni indiscusse ed indiscutibili della paziente (affetta da neoplasia pancreaticata con diffusione generalizzata, alla quale restavano pochi mesi di vita e come tale da ritenersi "inoperabile") non era possibile fondatamente attendersi dall'intervento (pur eseguito in presenza di consenso informato della donna quarantatreenne, madre di due bambine e dunque disposta a tutto pur di ottenere un sia pur breve prolungamento della vita) un beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. I chirurghi pertanto avevano agito in*

Ritornando a quello che è il divieto per come fissato nel precetto contenuto nell'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017, si può asserire – in parallelo a quanto emergeva dalla citata sentenza, in relazione alla disposizione del codice deontologico – che lo scopo diretto della norma è sì quello di fissare una regola precauzionale, tuttavia volta a tutelare non la vita – come invece i Giudici avevano ritenuto, ravvisando un nesso tra la violazione della stessa e l'evento-morte – bensì la salute del paziente⁵¹. Che sia questa la *ratio* della norma, si evince dal collegamento del presupposto inerente alla prognosi di esito infausto o di decesso imminente con il conseguente divieto di trattamenti inutili o sproporzionati e di ostinazione irragionevole nelle cure: di fronte alla cessazione o alla drastica diminuzione delle speranze di sopravvivenza del malato, il medico deve astenersi dal compiere quegli atti rappresentabili come un tentativo, inutile o irragionevole, di salvarne o prolungarne la vita, dovendo piuttosto perseguire l'obiettivo di evitargli sofferenze inutili o comunque sproporzionate. Si potrebbe dunque parlare di una norma di astensione dotata di una funzione precauzionale nei confronti di eventi tipici di lesione dell'integrità psicofisica individuale⁵², connessi a fattori di rischio direttamente discendenti dall'intervento medico. Il disposto dell'art. 2, co. 2, insomma, chiarisce che l'intervento medico, fisiologicamente foriero di rischi, può essere ammesso soltanto laddove sia finalizzato ad apportare al paziente dei benefici tali da prevalere sui primi. Su questa base, prende corpo una distinzione tra atti medici terapeutici e non terapeutici, questione il cui approfondimento richiede però una preventiva digressione.

Fermo che la legittimazione dello svolgimento di ogni attività intrinsecamente rischiosa – quale è quella medica – deve fondarsi su un preventivo bilanciamento dell'ordinamento tra i costi e i benefici a essa connessi, laddove in questo rapporto si diano *a priori* per assenti o soccombenti i possibili benefici, non potrà dirsi che la condotta rischiosa sia da considerarsi ammessa, giacché altrimenti il rischio sarebbe consentito pur non essendo finalizzato a realizzare alcun apprezzabile scopo ultimo⁵³. Il divieto di svolgere un'attività rischiosa priva di rilevanti benefici sociali verrà a coincidere,

dispregio al codice deontologico che fa divieto di trattamenti informati a forme di inutile accanimento diagnostico-terapeutico». Si vedano le critiche di C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2946 ss., in relazione alla difficile ravvisabilità di un profilo di colpa specifica nella violazione di una norma del codice deontologico, in quanto non si tratterebbe di una fonte di diritto e in ogni caso non disciplinerebbe fattori di rischio. In tal senso, già F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. del dir.*, 1983, 554; *contra* F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 279 ss.

⁵¹ Simili rilievi furono fatti in relazione all'art. 16 del codice deontologico, all'indomani del deposito della citata sentenza della Corte di cassazione, da C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2949-2950.

⁵² Sul nesso che deve sussistere tra l'evento delittuoso e lo scopo perseguito dalla norma precauzionale violata, affinché vi possa essere quella "concretizzazione della colpa" essenziale ai fini della tipicità del reato colposo, si vedano in dottrina G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano 1965, 231 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1990, 309 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, in M. RONCO (dir.), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, t. I, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Zanichelli, Bologna 2007, 562 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano 2009, 135 ss.; C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino 2016, 335 ss. In giurisprudenza, così Cass. pen., sez. IV, 13 marzo 2012 – 18 maggio 2012, n. 19170; Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2004 – 26 maggio 2004, n. 24051.

⁵³ Così già Cass. pen., sez. IV, 25 marzo 1971, in *Foro it.*, 1971, II, c. 717 ss., in relazione al disastro del Vajont: «L'esercizio lecito di attività pericolose è da ritenere consentito nella misura in cui risponde ad obiettive esigenze di interesse collettivo o pubblico, di ordine primario». Secondo M. RONCO, *Scritti patavini*, t. I, Giappichelli, Torino 2017, 372, «Se un'area di rischio consentito può ragionevolmente essere individuata, in base al confronto tra i costi e i benefici, [...] l'assenza di benefici concretamente apprezzabili per il progresso economico e sociale sembra sconsigliare di consentire attività rischiose per i valori fondamentali della vita, della salute e dell'integrità personale». Conf. A. CASTALDO, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1100-1101; C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La cosiddetta "flessibilizzazione" delle categorie del reato*, in *Criminalia*, 2012, 391-392. In generale, sul previo bilanciamento costi-benefici necessario per stabilire se l'attività rischiosa sia consentita, si vedano V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano 1988, 55 ss.; G. MARINUCCI, *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*, in G. MARINUCCI (racc. postuma), *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano 2013, 299, secondo cui «per valutare se un rischio è "ingiustificato", occorre confrontarlo con l'utilità sociale dell'attività alla quale inerisce»; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano 2010, 23 ss., che fa leva sul parametro dell'«adeguatezza sociale», da soppesare a quello

quindi, con un dovere precauzionale di astensione dall'attività *in toto*⁵⁴. In tal senso, la recente giurisprudenza di legittimità ha affermato che «*Nel caso di attività vietata ovviamente l'unica regola cautelare da seguire è l'astensione: se il legislatore l'ha vietata vuol dire che non ha ritenuto, nel bilanciamento di interessi di cui si è detto, che l'attività fosse di una qualche utilità o che i benefici fossero tali da compensare i pericoli. L'agente che agisca in violazione del divieto risponde quindi, come si è già accennato, delle conseguenze verificatesi anche se rispetta le eventuali regole cautelari dettate dall'esperienza (o regole cautelari specifiche preesistenti al divieto) perché questo obbligo non viene meno nel caso di svolgimento di attività illecite o vietate*»⁵⁵.

La norma precauzionale che vieta di compiere un'attività rischiosa, in quanto ritenuta carente di utilità sociale, è volta a prevenire il superamento del "limite esterno" del rischio consentito, per cui il suo mero svolgimento sarebbe fonte di responsabilità penale colposa per la verificazione di un evento delittuoso che ne sia conseguenza. Invece, in caso di attività rischiosa consentita in quanto connotata – nel suo nucleo essenziale – da benefici che prevalgano sui suoi possibili costi, soltanto la successiva violazione di quelle regole precauzionali appositamente prescritte per garantire il mantenimento della predetta relazione di bilanciamento, e per evitare che il superamento della cifra del rischio consentito conduca alla generazione di un rischio non consentito, potrà fondare una responsabilità colposa per l'evento eventualmente cagionato⁵⁶: ci troveremo, qui, di fronte al "limite interno" del rischio consentito, che si travalicherebbe laddove sia «superato quel rischio che l'ordinamento non ha convenienza a evitare»⁵⁷.

di "rischio"; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, Torino 2012, 123-124.

⁵⁴ Si veda G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 309, secondo cui tale regola cautelare «sarà tendenzialmente quella che imponga di astenersi del tutto dall'attività in questione allorché si tratti di attività pericolosa e non esistano norme che espressamente consentano i rischi che da essa derivano, o le variabili della entità e della probabilità di verificazione del danno nonché del valore del bene offeso siano da ritenersi prevalenti sull'utilità sociale dell'attività»; ID., *Colpa (diritto penale)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Giuffrè, Milano 2006, 952: «Al di fuori dell'area del consentito si porranno allora quei rischi la cui considerazione configurerà come regola di diligenza l'astenersi del tutto dall'agire [...] e non un agire accompagnato dall'adozione di tutte le cautele necessarie per neutralizzare il pericolo o ridurlo entro limiti tollerabili». Conf. P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie". Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, Padova 2003, 19: «anche il più radicale dovere di astensione è frutto di un giudizio "di cautela" lato sensu inteso, basato sui consueti canoni della prevedibilità e della (sicura) evitabilità dell'evento solo non intraprendendo quel tipo di attività [...]. Nella presente prospettiva, in ultima analisi, il dovere di astensione va posto sullo stesso piano delle regole cautelari "proprie", rappresentando anzi l'opzione "per eccellenza" idonea all'azzeramento del rischio, ancorché comportante un'altrettanto drastica compressione della libertà di azione». Così anche D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1624, che ritiene che «l'astensione possa configurare una peculiare "modalità" cautelare doverosa che contribuisce a definire l'area del rischio lecito»; C. BRUSCO, *Rischio e pericolo*, cit., 391 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino 2017, 79, secondo cui «sono fuori dall'area dell'assentito quei rischi in ordine ai quali la regola di diligenza impone all'agente modello di astenersi immediatamente dall'attività-focolaio».

⁵⁵ Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2010 – 1° giugno 2010, n. 20595.

⁵⁶ Cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. del dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano 1960, 640 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 211-212; P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 30 ss., che al riguardo distingue tra regole cautelari proprie, dirette a neutralizzare il rischio non consentito, dalle regole cautelari improprie, volte a ridurlo; G. FORTI, *Colpa (dir. pen.)*, cit., 953; A. PAGLIARO, *Il reato*, Giuffrè, Milano 2007, 141; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Giappichelli, Torino 2015, 324; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Cedam, Padova 2017, 344. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. IV, 14 luglio 2016 – 22 agosto 2016, n. 35263; Cass. pen., sez. IV, 17 novembre 2005 – 3 marzo 2006, n. 7661; Cass. pen., sez. IV, 21 novembre 1996 – 6 marzo 1997, n. 2139, ove tuttavia impropriamente si parla di obbligo di riduzione del rischio consentito, anziché di obbligo di non aumentarlo.

⁵⁷ V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 14-15. Si veda anche G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 309-310: «In caso contrario – e cioè in presenza di una espressa autorizzazione all'esercizio dell'attività ovvero qualora, presupposta l'individuabilità di una figura modello, sia risolto in senso favorevole il bilanciamento di interessi – l'attività potrà essere intrapresa con l'osservanza delle precauzioni che l'*homo eiusdem* adotterebbe nel caso concreto, comportandosi in modo che la condotta mantenga in attivo quel bilanciamento su cui l'ammissibilità del rischio è stata fondata; tendenzialmente: non aumenti la probabilità del danno i.e. non accresca il rischio, non aumenti le

Nell'ambito dell'attività medica, non può dirsi che rientri entro il "limite esterno" del rischio consentito l'intervento sanitario non mirato alla realizzazione di rilevanti finalità terapeutiche per la salute psicofisica del paziente, poiché, in tal caso, all'ineliminabile prospettazione dei rischi a cui quello andrebbe incontro, non corrisponderebbe il perseguimento, né tantomeno il raggiungimento, di alcun obiettivo miglioramento delle sue condizioni fisiche⁵⁸. Come affermato dalla Corte di cassazione, quando si dia per certo che un «*intervento produrrà una inutile menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente*», si sarà in presenza «*di un atto che non può più essere considerato di natura terapeutica. È solo il contesto in cui l'azione viene posta in essere che ha natura terapeutica – e costituisce dunque l'occasione dell'intervento – ma l'azione fuoriesce completamente dalle finalità che la società assegna alle strutture sanitarie e alle persone che vi operano*»⁵⁹.

Nel caso degli atti medici non terapeutici, il divieto dell'esecuzione della condotta-base costituisce un dovere precauzionale di astensione da un'attività collocata a monte al di fuori dell'area del rischio consentito, e non già un obbligo di astensione da una condotta consentita a certe condizioni, in virtù della sua adeguatezza sociale (anche se alcuni autori preferiscono invocare, in relazione alle regole cautelari che disciplinano le attività rientranti nell'area del rischio consentito, un obbligo precauzionale di agire altrimenti, piuttosto che di astensione⁶⁰): la violazione del divieto, quindi, non

dimensioni della possibile lesione al bene giuridico e sia sempre funzionale al raggiungimento delle finalità di valore sociale la cui considerazione è alla base dell'ammissibilità del rischio stesso».

⁵⁸ Nonostante possa dirsi che la sola attività medico-chirurgica diretta al miglioramento della salute psico-fisica dell'individuo debba essere consentita, nella prassi si tende a considerare sempre accettabili i rischi connessi all'applicazione della medicina, in virtù dell'ampliamento dell'accezione di "adeguatezza" o "utilità" dell'intervento e, a monte, dell'estensione dello stesso concetto di salute. Così ragionando, la responsabilità del sanitario non potrebbe aversi per il semplice fatto di essere intervenuto senza l'obiettivo perseguibilità di un vantaggio per la salute del paziente – salvo che non sia la stessa legge a stabilire i presupposti e il contenuto di una tale regola cautelare di astensione, e dunque la specifica area di rischio vietato in materia –, in quanto tale vantaggio sarebbe costantemente e presuntivamente sotteso all'intervento; la responsabilità sorgerebbe soltanto laddove si superi la soglia del rischio consentito attraverso la violazione delle norme precauzionali che guidano l'operato del medico. Sul punto, si veda R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, Firenze 2010, 125, che presume sempre esistente un'intrinseca utilità sociale nell'esercizio dell'attività medica: «si deve ritenere che l'attività medica, essendo di per sé lecita e socialmente utile, sia sempre ammissibile, purché esercitata nei limiti delle *leges artis*, con la conseguenza che ciò che non si tollera non è il rischio in sé, ancorché maggiore, ma quello realizzato violando le *leges artis*»; allo stesso modo, D. CASTRONUOVO – D. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in A. BELVEDERE – S. RIONDATO (a cura di), *La responsabilità in medicina*, vol. IV di S. RODOTÀ – P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, cit., 947: «Quanto alla definizione del livello di rischio consentito, deve tenersi conto che l'attività medica non solo è facoltizzata dall'ordinamento, perché utile e necessaria, ma essa è, altresì, una attività doverosa». Invece A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino 2009, 253, prende atto che accanto ai casi, più numerosi, in cui il medico interviene in situazioni «contraddistinte dallo stato di malattia, cioè da un preesistente squilibrio delle funzioni dell'organismo», vi possono essere ipotesi «in cui la fatale condotta colposa del medico interviene, in modo del tutto sproporzionato e gratuito, su di un soggetto sostanzialmente sano, quindi non in pericolo reale di vita o di salute»: l'A., tuttavia, non trae dalle precedenti osservazioni alcuna conclusione in relazione alla delimitazione dell'area del rischio consentito in materia.

⁵⁹ Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2010 – 23 settembre 2010, n. 34521, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 237, con nota di A. FIORI – D. MARCHETTI – G. LA MONACA, *Gli atti medici terapeutici e non terapeutici alla luce della Cass. pen. sez. IV n. 34521*. Conf. S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, cit., 126.

⁶⁰ In dottrina si nota infatti un certo disaccordo sulla stessa ammissibilità di doveri precauzionali di astensione dalle attività a rischio consentito.

Sono contrari: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 211, che ritiene che un tale dovere di astenersi *tout court* dall'attività rischiosa consentita «porrebbe l'ordinamento giuridico in contraddizione con se stesso, poiché da un lato autorizzerebbe condotte la cui intrinseca pericolosità è testimoniata dalle più elementari massime di esperienza, e dall'altro colpirebbe, perché rappresentabile ed evitabile, qualunque conseguenza dannosa provocata da una di quelle condotte»; G. FORTI, *Colpa (dir. pen.)*, cit., 947, che di dovere di astensione parla soltanto con riferimento alle attività a monte vietate, in quanto collocate al di fuori del limite esterno del rischio consentito (952); F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova 1993, 233 ss.; ID., *La normatività della colpa penale: lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.; ID., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*,

porterà alla concretizzazione di un rischio non consentito nell'esercizio di un'attività pur consentita nel suo nucleo centrale, ma si tradurrà nell'esecuzione di un'attività rischiosa a monte vietata.

Tornando all'accanimento terapeutico, possiamo concludere che l'ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure o l'applicazione di trattamenti inutili o sproporzionati, su un paziente con prognosi di morte imminente o a breve termine, segna il superamento del limite esterno del rischio consentito nell'attività medica, in virtù dell'assoluta mancanza di benefici apprezzabili per il paziente, o quantomeno della mancanza di benefici tali da prevalere sui correlativi rischi. Si tratta, quindi, di un'attività medica non propriamente terapeutica, e per questo vietata dall'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017: se il medico decida di violare il divieto, intervenendo comunque sul paziente, egli si troverà a rispondere delle lesioni eventualmente cagionategli, a titolo di colpa specifica, a prescindere dall'ulteriore inosservanza delle regole precauzionali che regolano il suo operato.

8. *Riflessioni conclusive: verso un recupero del ruolo della volontà del paziente.*

Dall'esame degli artt. 1 e 2 della legge n. 219/2017, emerge che l'entrata in vigore della normativa ha parzialmente deluso le aspettative di chi auspicava una più chiara e netta valorizzazione, da parte del legislatore, del ruolo del consenso del paziente in ordine alle questioni di fine-vita, fino ad allora rimessa all'interpretazione degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

Da una parte, il quinto comma dell'art. 1 ha reso esplicito il diritto dell'individuo a non essere curato⁶¹, prevedendo a chiare lettere che la sua volontà di rinunciare alla sottoposizione a trattamenti

in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 1297 ss.; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 152 ss.; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI – F. GIUNTA – R. GUERRINI – T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Pisa 2009, 253 ss.; ID., *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 179 ss., ove l'A. prende atto dell'«abbandono della regola dell'astensione nella giurisprudenza sulla colpa medica». Conf. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 334, secondo cui le regole cautelari possono stabilire che l'esecuzione delle attività rischiose debba avvenire «in presenza di certi presupposti», «col rispetto di certe modalità esecutive», o «con l'astensione da altre specifiche modalità», ma non possono prescrivere la totale astensione «dalle attività rischiose giuridicamente autorizzate come tali e da parte di tutti (es. dall'attività chirurgica, dalla circolazione stradale), pena altrimenti la loro stessa interdizione». Dunque, «affermare la possibile astensione anche nelle attività giuridicamente autorizzate è confondere la doverosa astensione da certe modalità dell'attività, inosservanti delle regole cautelari, con l'astensione, non prescrivibile, dell'attività *tout court*. Sicché, se di astensione si vuole parlare, va precisato che l'astensione ha per oggetto non l'attività rischiosa come tale, ma soltanto le condotte violatrici delle regole cautelari: l'astensione dalla violazione di tali regole».

Invece, ritiene che un obbligo di astensione possa valere come regola cautelare anche nell'ambito delle attività a rischio consentito, P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 18, 19, e, con specifico riferimento all'attività medica, 93-95, assegnando comunque all'obbligo di astensione un carattere relativo e un contenuto modale, in quanto si tratterebbe non di «astenersi dall'agire *tout court*», ma di «agire in modo diverso». Salvo poi concludere che «In varie costellazioni di casi, il medico ha il dovere di astenersi dall'agire. Qualora agisse, infatti, creerebbe egli stesso un rischio intollerabile, per la salute o per la stessa vita del paziente [...]. In queste ipotesi, la condotta colposa si connota in maniera evidente quale condotta attiva. L'essenza normativa della condotta colposa si constata osservando che il medico ha agito, mentre avrebbe dovuto astenersi dall'agire». Conf. D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale*, cit., 1620 ss., secondo cui, nell'ambito delle attività rischiose lecite, si può distinguere tra regole precauzionali di astensione e regole precauzionali modali, in quanto l'astensione è talora «una possibile e doverosa modalità operativa secondo i moduli o protocolli cautelari di una attività rischiosa lecita» (1621): nell'attività medica, in particolare (1622, nota 73). A favore della configurabilità di obblighi di astensione come regole cautelari, si vedano anche C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., 540 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Giappichelli, Torino 2011, 333; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino 2012, 583; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2019, 583-584; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 324-325. In una posizione mediana si colloca R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, cit., 123, secondo cui «la regola cautelare non viene quasi mai concepita con un contenuto consistente nel dovere di astensione dall'esercizio dell'attività, ma come regola modale».

⁶¹ Prima della legge, erano contrari alla configurabilità di tale diritto: M. RONCO, *L'indisponibilità della vita*, cit., 1-2, 8-9; V. PATALANO, voce *Omicidio (Diritto penale)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano 1979, 967; L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., 253. Hanno tradizionalmente sostenuto l'esistenza di un diritto a non essere curati: F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1018-1019; A. MANNA, *Trattamento*

sanitari, anche se già iniziati, vincoli il medico, imponendo a quest'ultimo di ometterne l'esecuzione o di sospenderla anche mediante condotte attive di disattivazione delle macchine, senza per questo essere imputato del delitto di omicidio del consenziente⁶². Il fatto poi che l'art. 4 abbia disciplinato le dichiarazioni anticipate di trattamento, consentendo al paziente di manifestare la sua rinuncia alle cure anche molto tempo prima che la questione si profili come attuale, rappresenta la più forte consacrazione del diritto dell'individuo di effettuare scelte consapevoli sulla propria salute⁶³.

D'altra parte, di fronte alle predette aperture, risulta eccentrica la decisione legislativa di privare il malato terminale del diritto di richiedere l'applicazione di terapie "attive" nelle ipotesi coperte dal divieto di cui all'art. 2, comma 2, cioè quando il medico preveda che sia inutile o sproporzionato applicare i trattamenti o irragionevole ostinarsi nella somministrazione delle cure. La *ratio* dell'opzione normativa si fonda sul perseguimento di uno scopo precauzionale di protezione dell'integrità psicofisica del paziente, ritenuto in grado di controbilanciare adeguatamente la compressione del suo diritto alla libertà di autodeterminazione, alla luce della mancanza di significative o ragionevolmente perseguibili prospettive di sopravvivenza che, ove invece presenti e prevalenti sui rischi dell'intervento, renderebbero doverosa l'azione del medico.

A variare, dunque, è la considerazione complessiva del ruolo assegnato al consenso del malato nell'intero corpo della normativa: da un lato, la libertà di autodeterminazione del paziente prevale sulle esigenze di tutela della sua stessa vita, essendo quello legittimato a rifiutare le cure necessarie alla sua sopravvivenza; dall'altro, la sua libertà soccombe di fronte alla tutela della sua integrità psicofisica, in quanto al medico è comunque proibito eseguire trattamenti ritenuti in grado di cagionare al malato più danni che benefici.

Per comprendere se sia stata opportuna la scelta del legislatore, bisogna ricordare che l'art. 2, co. 2, disciplina il comportamento del medico non soltanto in caso di inutilità dei trattamenti, ove i benefici si diano per assenti, ma anche in caso di sproporzione dei trattamenti e di irragionevole ostinazione delle cure: in quest'ultima ipotesi, è innegabile che alcuni significativi benefici possano essere tratti dall'intervento, ma non sarebbero perseguibili se ritenuti dal sanitario sbilanciati in difetto rispetto ai prevedibili rischi. Da un lato, dunque, può ritenersi accettabile che il medico sia considerato arbitro nel valutare la doverosità del suo intervento nel caso dell'accanimento terapeutico "in senso stretto", trattandosi di un giudizio vertente esclusivamente sulla prospettabilità di benefici in capo al paziente, a prescindere da ulteriori valutazioni attinenti alla loro significatività e al loro rapporto con eventuali controinteressi. Dall'altro lato, è discutibile che la decisione se intervenire sia esclusivamente demandata al suo giudizio, senza tenere conto del volere del malato, nel caso dell'accanimento terapeutico "in senso ampio", cioè quando siano prevedibili dei benefici discendenti dai trattamenti o dalle cure, ma non si ritengano rilevanti al punto da prevalere sui rischi. In questo caso, la questione della collocazione dell'accanimento terapeutico fuori o dentro il limite esterno del rischio consentito, non dovrebbe prescindere dalla considerazione della volontà del paziente, in

medico-chirurgico, in *Enc. del dir.*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano 1992, 1284 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 692 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 90 ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto ad essere lasciati morire in pace"?*, cit., 10; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire*, cit., 1197; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 73 ss.; L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente*, cit., 442 ss. Parlano di «diritto ad essere malato», consistente nella libertà del paziente di rifiutare interventi medici terapeutici che, altrimenti, risulterebbero coattivi e contrari all'art. 32, comma 2, Cost. (che consente trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge solo quando sia in gioco la salute collettiva), V. ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere malato*, in *Quest. Giust.*, 1982, 364; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano 1983, 310, 313.

⁶² Sulle questioni dogmatiche inerenti al fondamento dell'irresponsabilità del medico, in queste ipotesi, si veda *supra*, § 4.

⁶³ In argomento, prima dell'approvazione della legge, si vedano le riflessioni di A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale*, cit., 1 ss.; F. MANTOVANI, *I requisiti di validità del testamento biologico*, in *Giust. pen.*, 2013, c. 117 ss. Successivamente, S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *La legisl. pen.*, 19 dicembre 2018, 18-19.

quanto è lui il soggetto più idoneo a determinare il peso da attribuire ai previsti rischi e benefici, e a procedere al loro bilanciamento, essendone il diretto destinatario ⁶⁴.

Il problema del recupero del ruolo dirimente del consenso del malato si appalesa addentrandoci nell'interpretazione del carattere di terapeuticità che deve connotare gli interventi medici consentiti dall'ordinamento, la cui assenza li collocherebbe al di fuori del "limite esterno" del rischio consentito, giustificandone il divieto. Come rilevato qualche tempo fa in un Rapporto dell'Hastings Center, e come ribadito dal Comitato nazionale per la bioetica, a una prima e più risalente concezione oggettiva che individuava gli scopi della medicina in «modelli intrinseci alla medicina stessa», ispirati dal «bisogno di guarire, aiutare, assistere e curare», si è progressivamente sovrapposta una concezione soggettiva che li ha identificati in «costruzioni sociali»: è il dialogo con la società, in altre parole, a ridefinire gli scopi della medicina, attribuendole il compito di «occuparsi (per contribuire a risolverli con i propri mezzi) anche delle "angosce della vita quotidiana", dei problemi esistenziali, psicologici e spirituali che le persone necessariamente incontrano nel corso della loro vita» ⁶⁵.

Parecchi anni prima, questa evoluzione in senso soggettivo del concetto di "terapeuticità" era stata profeticamente intuita da Stella, proprio in relazione al tema dell'accanimento terapeutico, che affermava a chiare lettere – forse temendo un sovvertimento nel bilanciamento dei beni in gioco, tale da svalutare il consenso del malato – che «solo il paziente – ed anche, ovviamente, il paziente incurabile – può dire se un prolungamento della vita gli offra anche solo una possibilità di realizzare se stesso, fosse unicamente per pochi istanti soltanto; e di fronte alla decisione del paziente, l'obbligo di garanzia del medico permane in tutta la sua integrità: *voluntas aegroti suprema lex*» ⁶⁶. In questa direzione, più di recente, Pulitanò, dopo aver premesso che la volontà del paziente non può obbligare il medico a scelte insostenibili in quanto ricadenti al di fuori della nozione di "terapeuticità", ha però affermato che «Finalità della terapia non necessariamente è la guarigione [...]. Può essere anche il mero mantenimento in vita, persino in condizioni fortemente compromesse e/o di grave sofferenza: se il paziente lo chiede, tale sua volontà è idonea a fondare il dovere del medico di fare tutto il possibile per il mantenimento in vita, cioè tutto ciò che può servire» ⁶⁷.

Il precipitato che possiamo trarre da questa asserita soggettivizzazione degli scopi della medicina, è che se l'individuo trova realizzazione nel prolungamento, anche breve, della propria esistenza, a costo di correre dei rischi per la sua integrità psicofisica, la medicina avrebbe il dovere di continuare a porsi al suo servizio, e la legge non dovrebbe precluderglielo demandando al solo medico il compito di effettuare quel bilanciamento preventivo tra rischi e benefici, che è insito nelle nozioni di "ostinazione irragionevole" nelle cure e di "sproporzione" dei trattamenti. Estendendo il concetto di terapeuticità in senso marcatamente soggettivo, dunque, si potrebbe ricondurre l'intervento del medico su un paziente con prognosi di morte imminente o a breve termine – per cui ci siano ancora delle *chances* di prolungamento, anche breve, della sopravvivenza, a cui lo stesso malato aspiri –

⁶⁴ In tal senso, F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 1236, afferma che «L'opzione terapeutica è anche condizionata da una valutazione comparativa dei suoi costi e benefici per la salute complessiva del paziente. Certamente, tale valutazione non può che essere rimessa al consenso del paziente, che assume così su di sé il rischio dell'opzione terapeutica». Conf. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, 973.

⁶⁵ Comitato nazionale per la bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001, in <http://bioetica.governo.it>, 22 ss.; Hastings Center, *Gli scopi della medicina: nuove priorità*, in *Notizie di Politeia*, n. 45, 1997, 3 ss. Sul punto, si veda M. REICHLIN, *Etica delle neuroscienze: il caso del potenziamento cognitivo*, in C. VIAFORA – A. GAIANI (a cura di), *A lezione di bioetica. Temi e strumenti*, FrancoAngeli, Milano 2014, 352, che ha distinto gli scopi terapeutici da quelli non terapeutici – pur accettati dalla società – della medicina.

⁶⁶ F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1020. Conf. M. BARNI – G. DELL'OSSO – P. MARTINI, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, 40, e più di recente C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2944. In senso parzialmente diverso, si veda A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 68, secondo cui il consenso del paziente può conferire liceità all'intervento medico anche nelle ipotesi in cui questo non sia diretto a finalità terapeutiche, così assegnando a queste ultime un sostrato oggettivo, e tenendole formalmente distinte dalle ipotesi di «liceità-autorizzazione».

⁶⁷ D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, II ed., Giappichelli, Torino 2014, 45.

entro l'area del rischio consentito, così restituendo dignità alla volontà dello stesso di perseguire un pur effimero progetto di vita.

La soluzione più auspicabile per un legislatore avveduto, dunque, sarebbe quella di ridurre il campo applicativo della norma sull'accanimento terapeutico, in modo da ricomprendervi il solo divieto dei trattamenti inutili; o, alternativamente, di mantenere il suo attuale tenore, apponendo però una precisa deroga al principio dell'irrilevanza della volontà del paziente, per come attualmente disposto dall'art. 1, co. 6. Difatti, non dovrebbe potersi parlare di sproporzione dei trattamenti e di irragionevole ostinazione nelle cure, prima di avere informato e consultato il paziente: laddove quest'ultimo risulti pienamente capace, dovrebbe essere il suo consenso a segnare il limite esterno del rischio consentito e dunque il confine dell'accanimento terapeutico "in senso ampio".

Ciò detto, va ribadito che al medico spetterebbe comunque il compito di scegliere con scienza e coscienza, nell'ambito del suo rapporto di alleanza terapeutica con il malato, le modalità di intervento più idonee a consentire che i potenziali pericoli per la salute di quello non superino i benefici previsti in relazione al prolungamento della sua aspettativa di vita: non si potrà cioè prescindere dal rispetto delle regole precauzionali atte a garantire che non venga travalicato il "limite interno" del rischio consentito, cioè che non venga aumentato il rischio di eventi lesivi conseguenziali all'esercizio dell'attività terapeutica, comunque intesa.

Eduardo Gianfrancesco
L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.
tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*

ABSTRACT: *The essay analyzes one of the most controversial themes in Italian recent constitutional studies: the “asymmetric clause” provided by the third paragraph of art. 116 of Constitution, as amended in 2001. This provision is sometimes considered by scholars (and in the public debate) as the “last resource” for regional autonomies and their vitality in Italy or a menace for the homogeneity – if not the surviving – of the unitary State. The essay attempts a more pragmatic approach to the theme, considered as an useful opportunity for the development of Italian regional system, if implemented within constitutional limits. In this perspective the essay applies to substantial (the reference of asymmetric clause to administrative and legislative competences of Regions and State) and procedural (the peculiar legislative process to activate the clause) problems of its implementation.*

SOMMARIO: 1. Una realistica premessa di partenza. – 2. Quali competenze vanno ridefinite e perché? Le competenze amministrative – 3. Quali competenze vanno ridefinite e perché? Le competenze legislative. – 4. Come ridefinire: alcune osservazioni sul procedimento di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. – 5. L'art. 116, terzo comma, Cost., ed il volto del regionalismo italiano.

1. Una realistica premessa di partenza

Il punto di partenza più efficace per le considerazioni che seguono è rappresentato dalla diffusa constatazione, ribadita da Antonio Ferrara nella sua relazione al presente convegno, secondo la quale “non è dal successo ma dalla crisi del principio autonomistico che trae origine la richiesta di regionalismo asimmetrico”¹.

Generalizzando l'osservazione, si può ritenere che il tema dell'“autonomia differenziata” si presenti come una sorta di specchio nel quale leggere lo stato del regionalismo italiano presente, per *quello che è*, così come per *quello che non è* e per *quello che vorrebbe essere*. Numerosi punti di sofferenza dell'ordinamento regionale italiano – tanto di ordine strutturale, legati a difetti intrinseci, cioè, del modello costituzionale, quanto di ordine funzionale, legati invece alla sua interpretazione ed attuazione concreta – emergono all'attenzione nel momento in cui si cerca di esplorare nuovi percorsi sulla base della scarna formulazione del terzo comma dell'art. 116 Cost.

La circostanza per cui il rilancio del tema dell'autonomia differenziata avvenga a distanza di pochissimi anni dal fallimento di un tentativo di riforma costituzionale che incideva in profondità sui temi del regionalismo aggiunge poi ulteriori elementi di interesse: quanta trasformazione dell'ordinamento delle autonomie territoriali italiane è realizzabile senza bisogno di ricorrere allo strumento della revisione costituzionale e quale è il ruolo dei soggetti istituzionali centrali e locali in tale processo?

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

Rielaborazione dell'intervento svolto al Convegno “Differenziazione e asimmetria nel regionalismo italiano” organizzato dall'Issirfa del Cnr il 29 maggio 2019.

¹ Par. 2 della versione provvisoria della relazione ed ivi il rinvio a C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, in Federalismi.it, numero speciale 7/2018, 15 con ulteriore rinvio a O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in [Astrid Rassegna](http://Astrid.Rassegna), n. 14/2017.

Il collegamento tra mancata attuazione della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione del 2001 e “rilancio” dell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. è sottolineato, tra gli altri, da 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), n. 2/2019, 3.

2. Quali competenze vanno ridefinite e perché? Le competenze amministrative

Dall'analisi delle bozze di intesa² tra lo Stato e le Regioni maggiormente attive nel processo di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., in questo tormentato avvio della XVIII Legislatura repubblicana, si trae la conferma che in molti casi le "materie" oggetto di differenziazione consistano, in realtà, in funzioni amministrative da allocare a livello regionale³. Si tratta di un rilievo valido per molti settori considerati dalle bozze⁴, come "paesaggio e beni culturali", "ambiente"⁵, "governo del territorio"⁶, "acque", "attività produttive"⁷. Anche in settori a maggiore rilevanza, per così dire, ordinamentale - quali "diritti" (nelle sue specificazioni negli ambiti della "salute", "istruzione" "università e ricerca", "lavoro" "previdenza complementare", "giustizia di pace", "immigrazione"), nonché "enti locali" - non mancano previsioni relative a funzioni amministrative da assegnare, piuttosto che ad ambiti di normazione propriamente intesi⁸.

² A proposito delle quali si è giustamente lamentata l'oscurità delle trattative che hanno condotto alla loro formulazione. Sul punto, cfr., tra gli altri: A. SAIITA, *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'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2019, 2; A. CANDIDO, *Prove di regionalismo differenziato. La richiesta della Regione Emilia-Romagna*, in *Diritti regionali*, n. 3/2019, 5; S. STAIANO, *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 225. Di negoziazione "in segreto" scrive F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna?*, in *Federalismi.it.*, n. 6/2019, 3. Per la riconduzione al principio di leale collaborazione dell'obbligo di informazione nei confronti del Parlamento e, conseguentemente, della pubblica opinione, da parte degli Esecutivi statale e regionali protagonisti delle trattative volte al raggiungimento delle intese, cfr. R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 262. In ultima analisi, si può estendere alla fase precedente alla conclusione delle intese "l'immersione del processo" di definizione delle materie e funzioni oggetto di devoluzione osservata criticamente da M. CAMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *Astrid*, maggio 2019. E' il caso di precisare che la circostanza per cui un margine di riservatezza non pare eliminabile nelle negoziazioni tra esecutivi (come si evidenzierà *infra* nel testo) non toglie che la rilevanza politica, scientifica e *lato sensu* pubblica delle negoziazioni in questione avrebbe meritato un grado diverso di conoscibilità.

³ Per la rilevazione che la richiesta di differenziazione si è orientata, nell'esperienza sin qui maturata, più sul versante amministrativo che su quello legislativo, con una sorta di effetto di "parallelismo inverso", cfr. E. CARLONI, *A prologue to farce or tragedy. Perhaps both. Considerazioni sul regionalismo differenziato e la sua attuazione*, in *Astrid Rassegna*, n. 4/2019, 5 s. Per la riaffermazione della centralità dell'autonomia legislativa delle Regioni, anche nella prospettiva dell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., cfr., tuttavia, R. BIN, *Le materie nel dettato dell'articolo 116 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (26 giugno 2019), 10 ss. (anche se con l'approccio indicato *infra* a nota 22)

⁴ Bozze oggetto di meritoria divulgazione ed attenta analisi da parte di F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato*, cit.; ID, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna*, in *Federalismi.it.*, n. 20/2019. Per un'analisi di alcune tra le più rilevanti materie interessate dalle bozze di intesa sin qui concluse, cfr. anche S. MANGIAMELLI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2017, 670 ss.; 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*, n. 4/2018, 345 ss.

⁵ Con particolare riferimento a tale materia, nella prospettiva della differenziazione regionale, cfr. R. BIFULCO – M. CECCHETTI, *Le attuali prospettive di attuazione dell'art. 116, comma 3, della Costituzione: una ipotesi di intesa nella materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»*, in *Le Regioni*, 2017, 762 .

⁶ Per una ricostruzione dell'evoluzione di questa materia, centrale per l'affermazione della Regione quale ente di governo della propria collettività, cfr., con riferimenti anche alla prospettiva di attuazione del regionalismo differenziato, A. IACOVIELLO, *La competenza legislativa regionale in materia di governo del territorio tra esigenze unitarie ed istanze di differenziazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 360 ss.

⁷ Per le "Attività produttive", si consideri il "Controllo ed applicazione della normativa materia di agricoltura biologica" (per le sole regioni Veneto e Lombardia, quest'ultima con la specificazione della competenza ad esercitare i relativi "poteri sanzionatori") oppure i poteri autorizzatori (compresa la Via) in materia di energia (per le sole regioni Veneto e Lombardia).

⁸ Si pensi alla "programmazione/organizzazione della rete scolastica" in materia di "Istruzione"; alla "Distribuzione degli uffici sul territorio" per la "Giustizia di pace" (per le sole regioni Veneto ed Emilia Romagna) od ai "Controlli complementari sui luoghi di lavoro per contrastare l'irregolarità" nella materia "Immigrazione" (per la sola regione Veneto che richiede competenze aggiuntive in tale rilevante ambito). Per la rilevazione che nelle bozze di intesa "la problematica del cambio di segno delle funzioni legislative risulta, tutto sommato, secondaria" se posta a

Ci troviamo di fronte alla conferma dell'osservazione secondo la quale il processo attuativo dell'art. 116, comma 3, Cost. sta assumendo caratteri surrogatori rispetto all'inerzia nel conferimento delle funzioni amministrative richiesto dall'art. 118, primo comma, Cost.⁹. Le ragioni di tali inerzia sono molteplici e possono qui essere solo accennate: la perdita della guida di un criterio orientativo tutto sommato più semplice e di meccanica applicazione quale era quello del "parallelismo" del previgente art. 118 Cost.; l'ancora insufficiente interiorizzazione, nella cultura politica ed amministrativa italiana, del principio di sussidiarietà (verticale ed orizzontale); la difficoltà di costruire, anche da parte di dottrina e giurisprudenza (costituzionale e non), *tests* di verifica del rispetto di tale principio in grado di orientare concretamente il legislatore statale e regionale che procede all'allocatione/riallocatione delle funzioni; forse, al fondo, una ritenuta scarsa attrattività e spendibilità politica delle scelte sussidiarie nei confronti delle comunità, anche elettorali, di riferimento¹⁰.

Da un punto di vista logico, l'attuazione delle prescrizioni dell'art. 118 Cost. dovrebbe precedere la messa in opera dei meccanismi di differenziazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.: l'adeguata valorizzazione dei principi di *sussidiarietà*, *adeguatezza* e, non casualmente, *differenziazione*, richiamati nel primo comma della disposizione, dovrebbe, del resto, offrire già, all'esito del processo, un quadro diversificato Regione per Regione, soddisfacendo l'ispirazione di fondo della "clausola di asimmetria" dell'art. 116 Cost.¹¹

L'attuazione surrogatoria dell'art. 118, primo comma, Cost. per via dell'art. 116, terzo comma, Cost., pure da alcuni criticata¹², presenta però, a parere di chi scrive, alcuni elementi che consentono di considerarla complessivamente in modo non negativo: essa consente un approccio *bottom up* al processo di individuazione delle funzioni amministrative da regionalizzare, ad iniziativa e su impulso delle stesse Regioni interessate, conformemente alla natura del procedimento delineato nell'art. 116 Cost. Essa, inoltre, come è evidente dalla natura stessa dell'istituto, valorizza al massimo la declinazione differenziata del conferimento, in relazione alle diverse esigenze delle realtà territoriali di riferimento, restando comunque sempre possibili le forme di coordinamento e di pressione congiunta nei confronti dello Stato che le Regioni possono realizzare attraverso le loro organizzazioni di coordinamento orizzontale così come, in sede di confronto delle Regioni nel loro insieme e lo Stato, nella Conferenza Stato-Regioni¹³.

confronto con l'allocatione delle funzioni amministrative, cfr. L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 329.

⁹ Sull'enfasi dedicata all'art. 116, terzo comma, Cost., in corrispondenza all'oblio sull'art. 118, primo comma, Cost. nonostante la diversa modalità di operatività e di estensione tra le due disposizioni, cfr. M. CAMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo*, cit., 20 ss. Sul punto cfr. anche M. CARLI, *Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà*, in [Federalismi.it](#), n. 21/2019, 9 ss.

¹⁰ Su taluni problemi posti dalla concretizzazione del principio di sussidiarietà (specialmente orizzontale) negli ordinamenti regionali, sia consentito il rinvio alle considerazioni svolte in E. GIANFRANCESCO, *Sussidiarietà orizzontale e regioni: alla ricerca della prescrittività*, in [Amministrazione in Cammino](#) (20 gennaio 2018).

¹¹ Come sottolineato da M. CAMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo*, cit., 19.

¹² Cfr., in particolare, M. CARLI, *Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà*, cit., 9 ss. Cfr. anche S. STAIANO, *Il regionalismo differenziato*, cit., 229.

¹³ Sul ruolo assunto dal sistema delle conferenze nel regionalismo italiano contemporaneo cfr. ora l'analisi di L. DELL'ATTI, *Teoria e prassi del governo multi-livello. Studio sul regionalismo cooperativo italiano*, Santarcangelo di Romagna, 2019, cap. III. Il ruolo della Conferenza unificata, nonché la costruzione di una serie di organi misti di "co-governo" e di "co-attuazione" previsti per l'attuazione della legge n. 42 del 2009 era stato sottolineato da F. SAITTO, *Le legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura economica dell'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2010, 2840 ss. Per la preoccupazione di una possibile "proliferazione di strutture di raccordo bilaterali o multilaterali tra lo Stato e le Regioni in un futuro e possibile contesto di differenziazione", cfr. S. NERI, *Le ricadute organizzative al centro del regionalismo differenziato: quali raccordi interistituzionali?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) (25 gennaio 2019), par. 5. Resta ferma, comunque, l'insufficienza di un sistema di raccordi esclusivamente incentrato sugli esecutivi statale e regionali, a fronte dell'opportunità offerta dall'attuazione dell'art. 11 della l. cost. n. 3 del 2001 per un raccordo Stato-Regioni aperto anche ai legislativi. Sul punto rinvio alle considerazioni svolte in E. GIANFRANCESCO, *La partecipazione delle Regioni alla vita dello Stato (e della Repubblica): bicameralismo, camere delle Regioni e conferenze*, in [Italian Papers on Federalism](#), n. 2/2017, par. 6.

Con riferimento, infine, al conferimento delle funzioni amministrative nei confronti degli enti locali, la realizzazione di tale processo nelle forme dell'art. 116, terzo comma, Cost. permette alle Regioni di interloquire in modo significativo con lo Stato nelle decisioni "apicali", inerenti le funzioni ancora intestate in capo ad organi statali e da trasferire ai livelli territoriali sottostanti, ai fini della costruzione del sistema regionale (*id est*: differenziato per le singole esperienze regionali) degli enti locali, responsabilizzando la stessa Regione per la conseguente e non meno rilevante fase del conferimento delle funzioni amministrative regionali agli enti locali, pure richiesta dal primo comma dell'art. 118 Cost. Nella consapevolezza della sussistenza di un limite di fondo rappresentato dalla riserva statale della disciplina dell'ordinamento degli enti locali ex art. 117, secondo comma, lett. p) Cost., non suscettibile di differenziazione, l'approccio qui considerato permetterebbe, con riferimento alla disciplina delle funzioni, di affrontare in termini innovativi un punto da sempre problematico dell'ordinamento autonomistico italiano¹⁴.

Non sfugge che diversa sembrerebbe essere la posizione nel sistema delle fonti della legge (ordinaria) statale ex art. 118, primo comma, Cost. e della legge rinforzata ed atipica ex art. 116, terzo comma, Cost. Sembra però che la realizzazione del conferimento delle funzioni amministrative attraverso una fonte dotata di un regime peculiare e maggiormente garantito come quella dell'art. 116, terzo comma, Cost. risponda ad una logica non dissonante rispetto a quella sottesa all'art. 118, primo comma Cost.: sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza risultando non meno – e, probabilmente, maggiormente – garantite da una procedura a base consensuale e complessa, rispetto ad una legge ordinaria "unilaterale" e priva di capacità di resistenza rafforzata rispetto a mutamenti di orientamento successivi da parte del legislatore e di atti con forza di legge. Ciò almeno in assenza di stringenti *tests* di verifica giudiziale delle "scelte ascensionali" fondate sui criteri in questione¹⁵.

2. Quali competenze vanno ridefinite e perché? Le competenze legislative

L'attuazione della "clausola di asimmetria" nel campo delle competenze legislative si presta ad una notevole ampiezza di possibili soluzioni, sia quanto ad estensione che ad "intensità" della differenziazione.

Anche in questo caso il ricorso alla procedura delineata dalla disposizione costituzionale in esame può servire ad operare un'*actio finium regundiorum* del riparto di competenze legislative presente in Costituzione. Sembrerebbe emergere, così, ed affermarsi una finalità manutentiva, se

¹⁴ L'inevitabile ricaduta della differenziazione regionale sulla posizione degli enti locali all'interno della Regione è rimarcata da S. NERI, *Le ricadute organizzative al centro del regionalismo differenziato: quali raccordi interistituzionali?*, cit., 12. La necessaria assenza di conseguenze negative per Comuni, Province e Città metropolitane, in ordine alle funzioni amministrative di cui esse sono titolari, in conseguenza dell'attuazione della differenziazione ex art. 116, terzo comma, Cost. è sottolineata da A. PIRAINO, *Regionalismo differenziato: attuazione o cambiamento costituzionale?*, in *Diritti regionali*, n. 2/2019, 19.

L'orientamento della giurisprudenza costituzionale sui margini di definizione di un ordinamento degli enti locali da parte della Regione di riferimento resta restrittivo, come ha dimostrato l'esperienza successiva alla legge n. 56 del 2014 con riferimento alle Province. Si veda, sul punto, la [sent. n. 129 del 2019](#) ed il commento di C. TUBERTINI, *I limiti al riordino delle funzioni amministrative provinciali: la "stretta via" tra funzioni fondamentali ed altre competenze riservate allo Stato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (28 settembre 2019) (nonché in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2019), la quale sottolinea come la pronuncia ricomprenda anche le disposizioni di carattere organizzativo all'interno delle competenze riservate in via esclusiva allo Stato in materia ambientale. Del resto, non va dimenticato l'orientamento restrittivo della Corte costituzionale sulla possibilità da parte delle stesse Regioni speciali, dotate di potestà primaria in tema, di incidere sulla configurazione degli enti locali operanti sul proprio territorio: cfr., recentemente, C. CIPOLLONI, *I confini della potestà ordinamentale delle Regioni speciali tra esigenze di carattere unitario e principio di differenziazione*, in *Giur. cost.*, 2018, 1764 ss., a commento della [sent. n. 168 del 2018](#).

¹⁵ Per l'orientamento opposto, tendente a considerare inderogabili i principi del primo comma dell'art. 118 Cost. posti a favore degli enti locali, tranne che per ipotesi "integrative" e "specificative" rispetto al modello generale, cfr. M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2002, 163.

non correttiva, delle competenze medesime, con la possibilità di rimettere in discussione anche alcuni punti di equilibrio individuati dalla giurisprudenza costituzionale.

L'operazione può essere invitante, dal punto di vista regionale, anche se non è priva di rischi ed incertezze: incidere sulle materie di competenze ripartita per spostare il discrimine principio/dettaglio e giungere in concreto alla ritrazione della potestà legislativa centrale in determinati ambiti con la conseguente cedevolezza delle norme statali in essi operanti¹⁶ implica la piena consapevolezza del carattere sub-costituzionale e, quindi, non costituzionalmente vincolato dei principi fondamentali della legislazione e della normazione di dettaglio statale che spesso tali principi ha sviluppato, finendo per occupare buona parte della materia. Solo a questa condizione la ritrazione¹⁷ è ammissibile, non potendo essa configurarsi se il principio e la normativa di dettaglio apparissero in qualche modo costituzionalmente pre-determinati e vincolati¹⁸ ed esponendosi, in tal caso, la ritrazione medesima disposta dalla legge di differenziazione ad una successiva censura da parte della Corte costituzionale¹⁹.

Prima ancora, va sottolineata l'assenza di un quadro legislativo trasparente su ciò che è da considerare principio fondamentale della legislazione *ex art. 117*, terzo comma, Cost. e ciò che è da considerare, invece, svolgimento di tale principio²⁰: una distinzione che appare in grado di

¹⁶ Di una «cedevolezza “rovesciata” in favore della legge regionale», sottolineandone problematicamente i “margini di discrezionalità potenzialmente molto estesi” scrive G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso?*, cit., 29. Cfr. inoltre, in termini anche maggiormente critici nei confronti del meccanismo in questione, R. BIN, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia “differenziata”: allegramente verso l'eversione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) (16 marzo 2019), par. 3 e M. CARLI, *Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà*, cit., 8.

¹⁷ Da qualificarsi come una deroga della legislazione statale vigente ad opera della legge regionale autorizzata dalla legge di differenziazione. Sul punto, cfr. l'analisi di A. BONOMI, *Il “fenomeno” della cessazione d'efficacia della legge statale ad opera della legge regionale nel regionalismo differenziato: aspetti problematici*, in [Rivista AIC.](#), n. 4/2019, 250 ss. Per la qualificazione della norma statale coinvolta nel fenomeno come norma suppletiva cfr. L. BRUNETTI, *I possibili effetti dell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. sulla disciplina del “terzo settore” (D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117). Quale destino per la legislazione statale?*, in [Diritti regionali](#), n. 3/2019, 24, richiamando anche il modello di rapporti tra fonti dell'art. 149 della Costituzione spagnola (23).

¹⁸ Per l'individuazione del problema, cfr. A. CARIOLA – F. LEOTTA, *Art. 116*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, Torino, 2006, par. 2.4.

¹⁹ Censura che dovrebbe avvenire presumibilmente per le vie del giudizio incidentale, essendo notevolmente ristrette le possibilità di una impugnazione regionale in via principale innanzi alla Corte costituzionale in ordine ad una legge statale recettiva di un'intesa negoziata tra Stato e Regione e questo anche nell'ipotesi in cui si accolga (come si fa in queste pagine) la tesi dell'emendabilità dell'intesa in sede parlamentare. Il necessario raggiungimento dell'intesa tra Stato e la Regione sugli eventuali emendamenti approvati in sede parlamentare dovrebbe, infatti, precludere la successiva impugnazione *ex art. 127* Cost. della legge da parte della Regione (per lo Stato la possibilità è preclusa anche dalla natura statale della legge *ex art. 116*, terzo comma, Cost...). Residuerrebbe, forse, la sola ipotesi di una impugnazione da parte di una Regione “terza” all'intesa che ritenga la legge statale di recezione dell'intesa indirettamente lesiva delle proprie competenze costituzionali. Sul punto F. BIONDI, *Il regionalismo differenziato: l'inevitabile ruolo del Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2019, 443 s. ricorda, comunque, l'orientamento restrittivo della Corte costituzionale in ordine alla possibilità per le Regioni di far valere lesioni delle proprie competenze ad opera di discipline, asseritamente di favore, di Regioni terze. Per un'analisi complessiva della “ridondanza” quale requisito per le Regioni di far valere vizi di legittimità costituzionale diversi dalla diretta lesione delle proprie competenze costituzionali, cfr. ora l'analisi di C. PADULA, *Aggiornamenti in tema di ridondanza*, in *Le Regioni*, 2019, 737 ss.

²⁰ L'assenza dal 2001 di “vere leggi quadro, letteralmente scomparse, non solo come nome e intitolazione, ma anche come sostanza” è efficacemente rilevata da V. ONIDA, *Autonomie e regionalismo nell'Italia di oggi*, in [Il Piemonte delle Autonomie](#), n. 3/2018, 1. Lo scostamento tra modello costituzionale ed esperienza concreta di tale riparto di competenza ed il rischio che essa faccia da “capro espiatorio” dei mali del regionalismo italiano in generale, è rilevato di recente, pur non senza puntualizzazioni sui limiti di utilizzabilità di tale modello competenziale, da L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato*, in [Rivista AIC.](#), n. 3/2019, 582 s.. Per alcuni accorgimenti minimi per “riqualificare” la potestà legislativa ripartita nell'esperienza italiana sia consentito il rinvio a E. GIANFRANCESCO, *La “scomparsa” della potestà ripartita e l'introduzione della clausola di supremazia*, all'indirizzo telematico dell'[ISSIRFA](#), sezione *Studi e interventi* (settembre 2014), in particolare par. 6.3. Un quadro aggiornato ad agosto 2018 del “diritto vivente” in tema di art. 117, terzo comma, Cost. prodotto dalla giurisprudenza costituzionale è contenuto nel Dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati, *Il riparto delle competenze legislative nel Titolo V. I confini delle materie di competenza legislativa concorrente come delineati dalla giurisprudenza costituzionale* (Dossier n. 14, XVIII Legislatura).

complicare non poco l'applicazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. all'autonomia legislativa regionale, richiedendo un'accurata ricognizione del quadro normativo vigente, per come interpretato dal Giudice di costituzionalità delle leggi.

Più in generale, la via che sembra essere perseguita dalle bozze di intesa sin qui raggiunte di definire in termini abbastanza dettagliati gli ambiti materiali nei quali ampliare la sfera di competenza legislativa regionale²¹, se da un lato dovrebbe far leva sulla maggiore tenuta, in termini di garanzia", delle voci nominate rispetto a quelle residuali²², dall'altro deve fare i conti con un'esperienza italiana che non sempre sembra essersi nel tempo²³ mossa in questa direzione e che soprattutto ha visto e vede l'operatività di "forti" competenze trasversali (dello Stato...) in grado di attraversare in profondità le competenze, nominate e non, delle Regioni. In questa prospettiva, il "blindaje"²⁴ delle competenze regionali acquisite mediante l'esercizio della "clausola di asimmetria" rischia di non essere sufficiente a segnare una svolta di discontinuità rispetto al passato; svolta che pure sembra necessaria tanto più se si considera il carattere "pactado" della ripartizione competenziale particolare operata in base all'art. 116, terzo comma, Cost.

L'operatività di limiti costituzionali generali, indipendentemente dalla loro concretizzazione ad opera del legislatore statale, dovrebbe indurre, poi, ad un uso prudente dello strumento della differenziazione legislativa con riferimento a materie nei quali tali limiti appaiono maggiormente "prominenti". Ci si riferisce ad alcune delle materie presenti nelle bozze di intesa per le quali maggiormente si è acceso il dibattito, scientifico e più in generale "pubblico", come, del resto, è naturale che fosse.

Per un interessante punto di osservazione *ab externo* dell'esperienza complessiva del riparto delle competenze legislative nel nostro sistema costituzionale, cfr. E. HAPFACHER, *Von der Einheit zur Autonomie und wieder zurück: Kompetenzverteilung all'italiana*, in GAMPER – BUBJÄGER – KARLHOFFER – PALLAVER – OBWEXER (Hrsg.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, Baden-Baden, 2016, 25 ss.

²¹ Per degli esempi si rinvia all'analisi di F. PALLANTE nei saggi citati a nota 4.

²² È questo il vantaggio che, a parere di chi scrive, il riferimento a campi materiali di disciplina definiti, almeno in via tendenziale, in termini oggettivi presenta rispetto a quello delle "politiche", valorizzato da parte della riflessione scientifica quale criterio preferenziale per risolvere i problemi posti dalla differenziazione *ex art.* 116, terzo comma, Cost. Per questo secondo approccio, cfr., R. BIN, *Le materie nel dettato dell'articolo 116 Cost.*, cit., 8 ss.; E. DI CARPEGNA BRIVIO, *L'applicazione del regionalismo differenziato per la sperimentazione delle politiche pubbliche*, in [Diritti regionali](#), n. 3/2019, 4 ss.; A. CANDIDO, *Prove di regionalismo differenziato*, cit., 24.

²³ La considerazione sembra valere tanto per la stagione del primo che per quella del secondo regionalismo italiano. Per un'analisi degli elementi di continuità e discontinuità tra disciplina originaria del Titolo V della Parte II della Costituzione e situazione successiva alla riforma costituzionale del 2001 in tema di autonomia legislativa delle Regioni si rinvia a A. D'ATENA, *Diritto regionale*⁴, 2019, 151 ss. Sulla flessibilizzazione del riparto di competenze legislative reso possibile dalla giurisprudenza costituzionale successivamente al 2001 ed al potenziale effetto di inibizione delle clausole di attrazione della potestà legislativa regionale da parte dello Stato grazie all'art. 116, terzo comma, Cost., cfr. S. MANGIAMELI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 669 e 677.

²⁴ Il riferimento lessicale è all'esperienza spagnola ed al tentativo – non compiutamente riuscito – di garantire le voci materiali contenute negli statuti di autonomia attraverso una loro analitica descrizione. Sul punto, cfr. soprattutto in riferimento allo statuto catalano che ampiamente utilizza tale tecnica, R. BLANCO VALDÉS, *Blindaje competencial e indefensión constitucional*, in *Claves de Razón Práctica*, 2007, 18 ss.; ID., *Lo Statuto catalano: testo e pretesti*, in *Quad. cost.*, 2006 e, con riferimento particolare alla sent. n. 31/2010 del Tribunale costituzionale spagnolo, ID., *Lo Statuto catalano e la sentenza interminabile*, in *Quad. cost.*, 2011, 586 ss. Cfr. anche E. EXPÓSITO, *Las Competencias en los nuevos Estatutos de Autonomia*, in AA.VV., *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España Italia a debate*, Barcelona, a cura di J. Ma Castellà Andreu – M. Olivetti, 2009, 107 ss. con sottolineatura dei rischi della tecnica del *detallismo* nell'enumerazione delle voci competenziali autonome (116).

Per un confronto tra l'esperienza spagnola e quella italiana in tema di autonomie regionali, cfr. G. GARDINI, 2018, *un anniversario importante per celebrare ma anche per ripensare le autonomie. Un confronto tra Italia e Spagna*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2019, 285 ss.; M. MANGANARO, *L'evoluzione del regionalismo differenziato alla luce delle riforme costituzionali. Alcune osservazioni sul punto, in comparazione con il modello territoriale vigente in Spagna*, in [Consulta Online](#), 2016, 432 ss., con sottolineatura dei margini più definiti, anche se non privi di indeterminatezza, di differenziazione nell'ordinamento italiano rispetto a quello, esposto a rischi centrifughi, spagnolo (442). Con particolare riferimento al ruolo parlamentare nel processo di attuazione della differenziazione regionale nelle due esperienze, cfr. F. GALLARATI, *Il ruolo del Parlamento nell'attuazione del regionalismo differenziato tra Italia e Spagna*, in [DPCE ONLINE](#), n. 1/2019, 77 ss.

La rivendicazione da parte regionale di competenze normative ampie in materia di “Istruzione”²⁵, “Università” e “Sanità”²⁶ non può non tenere conto dell’operatività di elementi unificanti nazionali che si traducono in veri e propri limiti costituzionali opponibili all’ambito regionalizzabile: si pensi al necessario riconoscimento e salvaguardia delle autonomie funzionali operanti soprattutto nell’ambito dell’istruzione ed in quello universitario, oltre all’esigenza di salvaguardare la possibilità di esercizio delle attività lavorative su tutto il territorio nazionale ex art. 120, primo comma, Cost., che inibisce la costruzione di percorsi di istruzione o professionali che frustrino tale garanzia²⁷. Più in generale, in tutti e tre gli ambiti sopra menzionati particolarmente intensa si presenta l’operatività della riserva di competenza legislativa statale in tema di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che costituiscono la “cittadinanza unitaria”^{28 29}.

²⁵ I problemi insiti nell’inserimento di tale materia tra quelle suscettibili di differenziazione erano stati ben presto evidenziati da G. DI COSIMO, *Sui contenuti del regionalismo differenziato*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, 65. I rischi di un’utilizzazione massiva del modello della differenziazione in materia di istruzione sono particolarmente sottolineati da R. CALVANO, *Scuola e Regioni differenziate, si vaga nel buio*, in [laCostituzione.info](#) (20 maggio 2019); ID., *Una crisi gattopardesca non allontana le prospettive dell’autonomia differenziata: i rischi in materia di istruzione*, in [Diritti regionali](#), n. 3/2019. Maggiormente fiduciosa delle potenzialità di miglioramento che la previsione costituzionale presenta, specialmente con riferimento all’istruzione professionale, appare la lettura di E. BALBONI, *In tema di regionalismo differenziato in attuazione dell’art. 116 della Costituzione*, in [Astrid Rassegna](#), n. 11/2019, 6 ss.

²⁶ Con riferimento a quest’ultima materia, nei suoi diversi aspetti, si veda l’attenta analisi di R. BALDUZZI – D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2019 ed *ivi* la preoccupazione che le soluzioni di differenziazione possano comportare la “decostruzione dell’impianto e della logica del Servizio sanitario nazionale” (12). Le peculiarità del settore sanitario rispetto ad altre materie ricomprese nel campo di applicazione dell’art. 116, terzo comma, Cost., così come la finalità del Servizio sanitario nazionale di “promuovere l’avvicinamento tra situazioni regionali diverse... non a cristallizzarle”, sono sottolineate da R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, in [Corti supreme e salute](#), n. 3/2018, 472 s. Una decisa sottolineatura dei limiti collegati a principi costituzionali (ex artt. 2, 5, 119, 120 Cost.) operanti nei confronti della possibile “differenziazione” del Servizio sanitario nazionale è presente in F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in [Federalismi.it.](#), n. 15/2019, 21. Con particolare riferimento al regime del personale medico del Servizio sanitario nazionale, sia con riferimento alla sua formazione in ambito universitario, sia con riferimento alla disciplina del regime di lavoro, cfr. E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116, comma 3 Cost: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2018, 6 ss.

²⁷ Per una opportuna sottolineatura di questo limite di carattere generale all’operatività della differenziazione, cfr. F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) (6 novembre 2018), 15.

²⁸ Da qualificarsi come “nazionale e “sociale” secondo 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 Rassegna](#), n. 5/2019 13 ed *ivi* la sottolineatura della spettanza alla legge statale ex art. 117, secondo comma, lett. m) della garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti *anche* i diritti civili, *oltre che* quelli sociali (4), questi ultimi peraltro solo parzialmente presi in considerazione dalla l. n. 42 del 2009 (3). Come sottolineato da C. PINELLI, *I livelli essenziali delle prestazioni*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2018, 771, ci troviamo di fronte ad una clausola che esprime “un’istanza non aggirabile e non fungibile di armonizzazione e temperamento fra i due principi supremi dell’eguaglianza e del pluralismo autonomistico, rispettivamente sanciti dagli artt. 3 e 5 della Costituzione”. Per la funzionalizzazione del principio autonomistico al principio unitario, cfr. tra gli altri, D. MONE, *Autonomia differenziata come messo di unità statale: la lettura dell’art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2019, 267 ss. Per una “lettura sistematica” del regionalismo differenziato, alla luce degli artt. 2, 3 e 5 Cost., cfr. A. VERNATA, *Il regionalismo differenziato alla prova della Costituzione*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2019, 23.

Il particolare rilievo della competenza statale ex art. 117, secondo comma, lett. m) Cost. in relazione agli squilibri Nord-Sud che caratterizzano l’esperienza italiana è frequentemente sottolineato dagli studiosi. Cfr., per tutti, I.A. NICOTRA, *Le Regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi dei territori?*, in [Diritti regionali](#), n. 1/2019, 13. Cfr. comunque, l’opportuna puntualizzazione di A. SPADARO, *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano: il caso delle regioni italiane*, in *Le Regioni*, 2017, 909 ss. sul carattere generico dell’espressione “Nord/Sud”, in ragione della profonda differenziazione delle realtà ricomprese al loro interno; puntualizzazione utile anche con riferimento al tema qui trattato.

²⁹ Che la competenza legislativa esclusiva statale in tema di livelli essenziali delle prestazioni non esaurisca, tuttavia, la disciplina di tutela e promozione dei diritti fondamentali, comportando un esaurimento del legislatore

Né sembra ipotizzabile, sul punto, una capacità derogatoria di tale competenza dello Stato ad opera dell'art. 116, comma 3, Cost. e della potestà legislativa da esso istituita³⁰. Più precisamente, se tale idoneità derogatoria *in melius* nelle specifiche materie considerate può risultare accettabile con riferimento al quadro dei livelli essenziali delle prestazioni *anteriori* all'intesa conclusa con la Regione *ex art. 116, terzo comma, Cost.* ed alla legge recettiva dell'intesa, la quale, quale fonte speciale e successiva, può derogare al precedente quadro generale di individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (ferma restando la sindacabilità sotto il profilo sostanziale della ragionevolezza delle soluzioni concordate), notevoli dubbi sussistono sull'inidoneità del legislatore statale ad intervenire per il futuro modificando il quadro dei suddetti livelli essenziali anche per le Regioni "differenziate". Del resto è lo stesso art. 116, terzo comma Cost. a specificare quali sono le "materie" di competenza esclusiva statale suscettibili di devoluzione regionale e tra queste non figura la lett. m)...³¹

A non poche perplessità si espone, invece, per chi scrive, l'idea di applicare al quadro legislativo ed amministrativo definito *ex art. 116, terzo comma, Cost.* il meccanismo della "chiamata in sussidiarietà" elaborato, come è noto, dalla giurisprudenza costituzionale: l'assenso statale, espresso attraverso la legge di approvazione dell'intesa, alla devoluzione alle Regioni di talune funzioni dovrebbe, infatti, implicare il riconoscimento che per esse non si presentino esigenze di esercizio unitario tali da attivare il meccanismo ascensionale della sussidiarietà legislativa; esigenze diverse ed ulteriori rispetto a quelle che la lettera dell'art. 117, secondo comma, Cost. riserva, in modo irrinunciabile, allo Stato.

Il tenere presente - da parte dello Stato ed, in particolare, dei componenti del Governo che sovrintendono alla negoziazione sul contenuto dell'intesa *ex art. 116, terzo comma, Cost.*³² - la imprescindibilità di questi limiti dovrebbe essere sufficiente ad evitare "fughe in avanti" in grado soltanto di danneggiare la concreta esperibilità del meccanismo della differenziazione nel suo complesso, anche con riferimento a settori per i quali essa appare invece in grado di introdurre elementi di rivitalizzazione del regionalismo italiano³³.

4. *Come ridefinire: alcune osservazioni sul procedimento di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*

Il carattere rinforzato³⁴ ed atipico³⁵ del procedimento delineato dall'art. 116, terzo comma, Cost. dovrebbe lasciare pochi dubbi sulla riserva di legge formale in tema di attivazione dell'autonomia differenziata. Oltre a ciò la considerazione per cui tale attivazione determina la rinuncia da parte del

regionale, è stato sottolineato da tempo da A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 2007, 180.

³⁰ Per la messa a fuoco del rapporto tra competenze esclusive statali di natura trasversale e potestà legislativa regionale *ex art. 116, terzo comma, Cost.*, cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., 181 ed ora A. BONOMI, *Il "fenomeno" della cessazione d'efficacia della legge statale ad opera della legge regionale nel regionalismo differenziato: aspetti problematici*, cit., 258.

³¹ Ci si può problematicamente chiedere se tale competenza riservata possa avvenire solo nel segno di un innalzamento dei livelli essenziali garantiti ovvero lo Stato, in considerazione di equilibri complessivi di sistema, anche legati agli obblighi discendenti dall'art. 81 Cost., possa rimodulare verso il basso i livelli essenziali delle prestazioni.

³² Il tema dell'articolazione interna al Governo (ed alle Amministrazioni centrali) del processo di conduzione delle trattative finalizzate alla conclusione delle intese *ex art. 116, comma 3, Cost.* non ha ricevuto fino ad oggi l'attenzione che meriterebbe. Per un riferimento al punto cfr., recentemente S. NERI, *Le ricadute organizzative al centro del regionalismo differenziato: quali raccordi interistituzionali?*, cit., 6. L'art. 1, comma 571, della legge n. 147 del 2013 (legge di stabilità 2014) costituisce il riferimento normativo puntuale in tema. Su tale disposizione cfr. M. MEZZANOTTE, *La legge di stabilità 2014 e l'art. 116, comma 3, Cost.*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) (14 luglio 2014).

³³ Sul punto si tornerà nel paragrafo finale del presente lavoro.

³⁴ A causa della maggioranza derogatoria, rispetto a quella prevista dall'art. 64 della Costituzione, richiesta per l'approvazione della legge di recezione dell'intesa.

³⁵ Per il vincolo della legge parlamentare all'intesa con la Regione. Su quale sia il grado di intensità di tale vincolo si veda *infra* nel testo.

Parlamento, nell'esercizio della funzione legislativa ordinaria³⁶, ad occuparsi della disciplina delle materie e funzioni devolute alle Regioni rafforza la conclusione per cui è da ritenersi escluso che atti con forza di legge possano prendere il posto della legge parlamentare³⁷.

Né pare utile proporre parallelismi con le vicende relative al trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni degli anni Settanta e poi Novanta del secolo scorso. Non può sfuggire, infatti, la differenza strutturale tra le due ipotesi: i decreti legislativi del '72 e del '77 e del '98 essendo chiamati ad operare e realizzando - bene o male, restrittivamente o estensivamente³⁸ – una operazione principalmente *ricognitiva* del contenuto delle voci competenziali dell'art. 117 Cost. all'epoca vigente, mentre il processo di attuazione del “regionalismo differenziato” ha carattere *costitutivo* di nuove competenze regionali, la cui ampiezza e profondità è rimessa all'atto che realizza la devoluzione³⁹.

Analogamente, per il ben diverso fondamento normativo legittimante, improponibile appare ogni tentativo di assimilazione di una delega legislativa avente origine, nel silenzio dell'art. 116, terzo comma, Cost., nelle singole leggi di differenziazione al processo di attuazione degli statuti speciali, a mezzo delle norme di attuazione previste nelle leggi costituzionali di approvazione degli statuti medesimi⁴⁰.

³⁶ Ritenendosi, da parte di chi scrive, che il legislatore costituzionale (per puntuali interventi derogatori) ed, a maggior ragione, quello di revisione costituzionale possano intervenire a modificare il quadro normativo dettato in attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Per l'ammissibilità tanto di interventi di abrogazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. che di sospensione dell'efficacia per casi specifici, cfr. anche M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in [Federalismi.it](#), n. 6/2019, 36. Per l'ammissibilità di revoche unilaterali di specifiche leggi di differenziazione nella forma dell'art. 138 Cost. ma non della regressione al sistema previgente di “uniformità” attraverso l'abrogazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., cfr. invece M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, cit., 143 e 149.

³⁷ L'osservazione vale soprattutto con riferimento all'ipotesi, che per un certo periodo di tempo ha avuto la sua diffusione, del ricorso ad una delega legislativa al Governo di adozione della disciplina concreta di differenziazione. Per la critica a tale soluzione, cfr. E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116, comma 3 Cost.*, cit., 10; P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in *Le Regioni*, 2018, 172; R. BIN, *Regioni tra politica e burocrazia*, in *Le Regioni*, 2018, 575; F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, cit., 7; A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, in [Federalismi.it](#), n. 21/2018, 23; D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale*, cit., 279; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., 34; M. MANCINI, *La via veneta al regionalismo “differenziato”, tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione (costituzionale). Profili procedurali*, in [Federalismi.it](#), n. 17/2019, 33; D. GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. Tentativi di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. e limiti di sistema*, Torino, 2019, 85 ss. Maggiormente possibilista appare, prendendo in considerazione un'iniziativa della Regione Veneto in tale direzione, L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 359 ss.

³⁸ Su tale tematica si rinvia per l'esperienza degli anni Settanta alle riflessioni di A. D'ATENA, *Osservazioni sulla ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni (e sul collaudo dell'autonomia ordinaria)* (1972) ed *Il completamento dell'ordinamento regionale (profili di costituzionalità del decreto 616 del 1977)* (1982), entrambi ora in ID., *Costituzione e Regioni. Studi*, Milano, 1991, rispettivamente 305 ss. e 333 ss. Per la necessità di interpretare il termine “conferimento” della l. n. 59 del 1997 secondo le possibilità consentite dalla Costituzione (nella formulazione all'epoca vigente), rinvio a E. GIANFRANCESCO, *Il federalismo a costituzione invariata: profili problematici del conferimento di funzioni amministrative a Regioni ed enti locali previsto dalla l. n. 59 del 1997*, in AA.VV., *Scritti in onore di Sergio Galeotti*, Tomo I, Milano, 1998, 627 ss.

³⁹ Entro i soli limiti definiti dall'art. 116 Cost., nel suo riferimento alle materie del secondo e terzo comma dell'art. 117 Cost. Per la sottolineatura di tale aspetto differenziale tra le due esperienze cfr. L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, in [Astrid Rassegna](#), n. 11/2018, 12 s.

⁴⁰ Su tale fondamentale differenza cfr. R. BIN, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia “differenziata*, cit., 3; G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso?*, cit., 24; D. GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario*, cit., 88 ss. Che le norme di attuazione statutaria, nella loro dimensione “pattizia” tra Stato e Regione, costituiscano comunque un momento centrale del regionalismo speciale, se non addirittura “la caratteristica maggiormente rilevante” di esso non può sfuggire: cfr., sul punto, G. VERDE, *La*

Di qui, il rafforzamento della conclusione per la necessaria spettanza alla legge parlamentare di tutte le scelte relative all'individuazione delle materie e funzioni coinvolte, potendosi ammettere – o meglio, ritenendosi inevitabile - l'intervento di fonti subordinate per le sole scelte applicative: dall'individuazione di uffici e contingenti di personale alla, comunque delicata, determinazione delle risorse finanziarie da trasferire consequenzialmente alla devoluzione di funzioni amministrative⁴¹.

Sulla *vexata quaestio* della emendabilità o meno da parte delle Camere del Parlamento del testo dell'intesa presentata all'approvazione⁴², sembra a chi scrive che la soluzione debba muoversi all'interno di due “cardini procedurali di principio”: da un lato il rispetto del principio di bilateralità⁴³, per il quale la legge menzionata dall'art. 116 Cost. non può discostarsi da quanto concordato con la Regione e, dall'altro, la salvaguardia dei caratteri propri della deliberazione legislativa nel procedimento in questione.

collaborazione intergovernativa nell'esperienza delle autonomie speciali, in [Federalismi.it](#), n. 8/2018, 3 ss. , il quale giustamente ne sottolinea la totale diversità rispetto all'istituto previsto dall'art. 76 Cost. (5).

⁴¹ Fonti in ordine alla produzione delle quali può essere anche prevista la costituzione di organi a composizione mista statale/regionale. Per l'inevitabilità del ricorso a tali fonti attuative, cfr. D. GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario*, cit., 87. Il rischio di ripercorrere, a seguire tale percorso, esperienze non felici di “fuga dal regolamento” ovvero di anomale delegificazioni è comunque segnalato da G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso?*, cit., 24 s. Cfr. anche A. BONOMI, *Il “fenomeno” della cessazione d'efficacia della legge statale ad opera della legge regionale nel regionalismo differenziato: aspetti problematici*, cit., 248 ss.

⁴² Nella forma del disegno di legge statale deliberato dal Consiglio regionale *ex art. 121*, secondo comma, Cost. , come sostenuto, tra i primi, da A. ANZON DEMMING, *Quale “regionalismo differenziato”?*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, 57 e di recente da O. CHESSA, *Autonomia negativa, autonomia positiva e regionalismo differenziato: come uscire dalla crisi del principio autonomistico*, in AA.VV., *Autonomie territoriali, riforma del bicameralismo e raccordi intergovernativi: Italia e Spagna a confronto*, a cura di J.M. Castellà Andreu – S. Pajno – G. Rivosecchi – G. Verde, Napoli, 2018, 180 s. e F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, cit., 6. L'attribuzione al Consiglio regionale della competenza della presentazione alle Camere del Parlamento del disegno di legge di approvazione dell'intesa presenta il vantaggio di valorizzare in modo certo il ruolo di tale organo, a fronte di trattative sul testo dell'intesa che vedranno un ruolo di protagonista della Giunta regionale. Certo è che il testo dell'intesa, così come negoziato tra esecutivi, si presenterebbe come non modificabile da parte del Consiglio al momento dell'approvazione del disegno di legge *ex art. 121 Cost.* Si tratterebbe, però, di una condizione destinata a “retroagire” nella fase della conduzione delle trattative per la conclusione dell'intesa medesima ed in grado di stimolare un raccordo effettivo tra Giunta e Consiglio nel corso di tali trattative, onde evitare il rischio di una clamorosa bocciatura consiliare della proposta della Giunta...

Distingue opportunamente tra iniziativa “generale, di impulso all'avvio del dialogo tra Regione e Stato” in ordine alla conclusione dell'intesa, con un ruolo da protagonista della Giunta, ed “iniziativa legislativa in senso stretto, menzionata esplicitamente dall'art. 116, terzo comma, Cost.”, di spettanza necessariamente del Consiglio regionale, 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](#), n. 2/2018, 17 ss. Il timore di progetti di legge concorrenti che contemplino soluzioni normative divergenti nel fine di dare seguito all'intesa spinge invece 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](#), n. 5/2019, 18 a ritenere riservata al Governo la presentazione del disegno di legge di approvazione dell'intesa. Nella medesima direzione cfr. A. RUGGERI, *La “specializzazione” dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, in questa [Rivista, Studi 2019/III](#), 607, nota 27, salvo ammettere un'iniziativa regionale in caso di inerzia governativa. La preferenza delle bozze di intesa sin qui raggiunte per la presentazione ad opera del Governo del disegno di legge di approvazione dell'intesa, pur con formulazioni non chiarissime, è evidenziata da G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso?*, cit., 15.

⁴³ Per la sottolineatura di tale carattere fondamentale dell'*iter* di differenziazione, cfr. M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit. 27, il quale ne fa derivare tuttavia la conseguenza dell'inevitabilità, in senso tecnico, del disegno di legge dell'intesa, ferma restando la possibilità ed opportunità di atti di indirizzo parlamentari dotati “di efficacia orientativa, vincolante al massimo sul piano politico” (30).

Appare condivisibile la posizione di F. BIONDI, *Il regionalismo differenziato: l'ineludibile ruolo del Parlamento*, cit., 441, la quale, sulla base di argomenti sistematici e testuali ritiene preferibile che la bilateralità vada declinata nel senso di intese tra lo Stato e singole Regioni e non di intese collettive, tra lo Stato ed una pluralità di Regioni.

Ritenere inemendabile il disegno di legge di approvazione dell'intesa⁴⁴ comporterebbe che il testo dell'intesa, inevitabilmente negoziato dagli esecutivi di Regione e Stato⁴⁵, si imponga al Parlamento in una logica di "prendere o lasciare", pur incidendo in profondità sulle potestà del Parlamento medesimo in ordine alle modalità di svolgimento della funzione legislativa, in conseguenza della già ricordata rinuncia da parte del Parlamento stesso ad occuparsi per il futuro, nella forma della legge ordinaria, della disciplina delle materie e funzioni devolute.

Se poi, sul versante regionale, la dialettica tra Giunta e Consiglio regionale effettivamente si caratterizzasse, come pare fortemente auspicabile, per un ruolo rilevante del secondo nei confronti della prima in ordine alla definizione del contenuto dell'intesa⁴⁶, apparirebbe paradossale che ciò non avvenisse per le Camere del Parlamento⁴⁷.

In questa prospettiva, la garanzia dell'emendabilità dell'intesa deve essere concepita in senso proprio, quale effettiva possibilità di ogni componente della Camera investita del disegno di legge di approvazione dell'intesa di partecipare con proprie proposte alla determinazione del contenuto dell'atto, secondo le prospettive di valorizzazione di tale funzione aperte dalla recente e nota [ordinanza n. 17 del 2019](#) della Corte costituzionale⁴⁸.

Ciò impone di non considerare sufficienti le soluzioni frequentemente prospettate al problema e facenti leva sulla funzione di indirizzo di ciascuna Camera nei confronti del Governo⁴⁹: l'atto di

⁴⁴ Come pure è sostenuto da non pochi autori: cfr., in questo senso, A. ANZON DEMMING, *Quale "regionalismo differenziato"?*, cit., 59; M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, cit., 156; S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna (novembre 2017)*, all'indirizzo telematico dell'[ISSIRFA](#), *Studi e documenti*, par. 4.3; A. D'ATENA, *L'art. 116, u.c., alla prova dell'applicazione. Profili procedurali*, in *Rass. parl.*, 2018, 188; E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116, comma 3 Cost.*, cit., 15.; F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, cit., 7; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit. 27; G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale*, cit., 10 ss., (il quale richiama la prassi parlamentare in ordine alla sussistenza di limitati margini di emendabilità dei disegni di legge di approvazione delle intese ex art. 8 Cost.; margini che comunque non toccano il contenuto delle intese stesse); D. CASANOVA, *Osservazioni sulla procedura parlamentare di approvazione del c.d. differenziato ex art. 116, terzo comma, Cost.*, in [Diritti regionali](#), n. 3/2019, 34; D. GIOTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario*, cit., 100 s.; A. RUGGERI, [La "specializzazione" dell'autonomia regionale](#), cit., 608 s.

Più rara, nella dottrina italiana, si presenta la tesi secondo la quale il Parlamento potrebbe emendare unilateralmente il disegno di legge di approvazione dell'intesa: cfr., in questo senso, A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., 164; C. IANNELLO, *La piena sovranità del Parlamento nella determinazione dei contenuti e dei limiti dell'autonomia differenziata*, in [Diritti regionali](#), n. 3/2019, 31 ss. Si tratta, a parere di chi scrive, di una tesi non condivisibile per ragioni identiche e simmetriche a quelle dell'inemendabilità, per la mancata considerazione del principio di bilateralità emergente dall'art. 116, terzo comma, Cost.

⁴⁵ Il ruolo inevitabilmente centrale degli esecutivi statale e regionale nella negoziazione del contenuto, in primo luogo politico, delle intese è sottolineato, tra gli altri, da P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria*, cit., 168 s.; A. RUGGERI, [La "specializzazione" dell'autonomia regionale](#), cit., 607

⁴⁶ Un ruolo che, come si è appena sostenuto *supra* (nota 42), la riserva di iniziativa legislativa al Consiglio regionale ex art. 121 Cost. valorizzerebbe non poco. In ogni caso, il coinvolgimento del Consiglio regionale nella fase della negoziazione dell'intesa dovrebbe essere effettivo, come sottolinea G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale*, cit., 8. Si sofferma sulla concreta esperienza del Veneto, la quale si era originariamente caratterizzata per l'anomala presentazione di un disegno di legge ex art. 116, terzo comma, Cost. "a monte" e non "a valle" della negoziazione dell'intesa Regione-Stato M. MANCINI, *La via veneta al regionalismo "differenziato", tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione (costituzionale)*, cit., 18.

⁴⁷ Cfr., per questo rilievo, A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in [Federalismi.it.](#), n. 8/2019, 15 s.

⁴⁸ E ciò nonostante i rilevanti margini di indeterminazione della decisione stessa, scissa in due parti "una chiara ed assertiva, l'altra problematica e dubitativa", come ben sottolineato da M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, in *Giur. cost.*, 2019, 191. Le prime risposte negative della Corte a conflitti di attribuzioni sollevati da parlamentari in ordine a vicende legate alla conversione in legge di decreti legge sono arrivate con le [ordd. n. 274](#) e [275 del 2019](#).

⁴⁹ Per la messa in evidenza di molteplici profili critici delle tesi che reputano soddisfatto il coinvolgimento parlamentare nella procedura di approvazione della legge ex art. 116, comma 3, Cost., dall'adozione di "atti di indirizzo" nei confronti del Governo, cfr. R. DICKMANN, *Note in tema di legge di attribuzione di "ulteriori forme e*

indirizzo esplica, infatti, i suoi effetti all'interno del rapporto fiduciario Governo-Parlamento ma non ha effetto direttamente conformativo del testo normativo. Ed è proprio questo effetto conformativo che il potere di emendamento include e dal quale non si può prescindere. In questa prospettiva, l'atto di indirizzo⁵⁰ potrà sicuramente esplicitare i suoi effetti nel rapporto politico tra il Governo ed il Parlamento (soprattutto la maggioranza politica di sostegno del Governo) nella fase di negoziazione delle intese⁵¹ ma non può tenere il luogo delle forme tipiche di partecipazione dei membri delle Camere alla formazione della legge.

Ciò non impedisce che il procedimento di approvazione parlamentare della legge che recepisce l'intesa possa ben tenere conto della specificità della procedura in questione. Se, da un lato, l'agevole riconducibilità alla "materia costituzionale" della fattispecie prevista dall'art. 116, terzo comma, Cost. e la previsione della maggioranza assoluta per la legge in questione escludono l'utilizzazione del procedimento per Commissione in sede deliberante o redigente⁵², così come della questione di fiducia da parte del Governo⁵³, è anche vero che l'*iter legis* nel caso di specie può essere conformato in modo da ridurre per quanto possibile i problemi di coordinamento tra testo dell'intesa concordato con la Regione e testo approvato dalle Camere del Parlamento. Se, come sembra, le disposizioni dei regolamenti vigenti non si presentano adeguate allo scopo, sembra ammissibile ed auspicabile l'adozione di norme regolamentari *ad hoc*⁵⁴ che, da un lato, dovrebbero

*condizioni particolari di autonomia" ai sensi dell'art. 116, terzo comma, cit., 13. Per la sottolineatura dell'esigenza di "un elevato livello di trasparenza nelle relazioni intercorrenti tra Governo e Parlamento non limitate a dialoghi informali tra l'esecutivo e i membri della maggioranza" a volersi muovere in tale prospettiva, cfr. S. BARGIACCHI, *L'iter parlamentare del disegno di legge e di differenziazione: tra esigenze bilaterali e la necessaria centralità del Parlamento*, in [Federalismi.it](#), n. 18/2019, 17, il quale evidenzia la posizione centrale del Presidente di Assemblea (e l'auspicabile coinvolgimento della Giunta del Regolamento) in ordine alla concreta configurazione della procedura parlamentare dell'art. 116, terzo comma, Cost.*

⁵⁰ La tipologia degli atti di indirizzo (in Commissione ed Assemblea) più idonei allo scopo è presa in considerazione da D. CASANOVA, *Osservazioni sulla procedura parlamentare di approvazione del c.d. differenziato ex art. 116, terzo comma, cit., 25 ss.* il quale si esprime a favore della mozione (in Assemblea) o di una forma di parere, sottolineando l'opportunità che "per ogni singola trattativa con la Regione gli atti di indirizzo provenienti dal Parlamento siano molteplici" (29). Mozioni in Assemblea ed ordini del giorno, questi ultimi dai più incerti effetti giuridici, sono individuati da S. BARGIACCHI, *L'iter parlamentare del disegno di legge e di differenziazione*, cit., 17 s., sottolineando il possibile ruolo del Presidente (di Commissione o di Assemblea) nella valorizzazione degli effetti dei medesimi. Cfr. anche R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, cit., 271. A questi atti va necessariamente aggiunta, per quanto trascenda i confini dell'atto di indirizzo in senso stretto, la questione pregiudiziale di costituzionalità o di merito, il cui rilievo è sottolineato nel procedimento di approvazione delle intese ex art. 8, comma 3, Cost., da A. PLACANICA, *Aspetti della procedura parlamentare per l'approvazione delle leggi conseguenti a intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Giur. cost.*, 2002, 4546.

⁵¹ Richiedendosi però a questo proposito adeguate forme di informazione parlamentare in ordine alle trattative in corso ed ai possibili contenuti dell'intesa.

⁵² Cfr. M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit. 32 s.

⁵³ In conseguenza dell'esplicita deroga operata dall'art. 116, terzo comma, Cost. all'ordinaria maggioranza di deliberazione prevista dall'art. 64 Cost. Cfr. sempre M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit. 33. Il puntuale riferimento costituzionale della necessità della maggioranza assoluta per l'approvazione del testo legislativo non rendono pertinenti al caso di specie le considerazioni svolte da chi scrive a proposito degli effetti della questione di fiducia nell'ordinamento regionale, a seguito della previsione della maggioranza assoluta per l'approvazione della mozione di sfiducia al Presidente della Regione ex art. 126, secondo comma, Cost.: cfr. E. GIANFRANCESCO, *La questione di fiducia negli ordinamenti regionali*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2016.

⁵⁴ Cfr., sul punto, M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit. 24. Il tema si intreccia con l'(in)attuazione dell'art. 11 della l. cost. n. 3 del 2001 ed il possibile ruolo che la Commissione parlamentare per le questioni regionali integrata potrebbe svolgere nelle procedure parlamentari di attuazione della differenziazione regionale. Sulle molteplici ragioni che spingono a colmare tale lacuna costituzionale, cfr. R. BIFULCO, *Una piccola grande riforma: l'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali* e N. LUPO, *L'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali, dopo la mancata riforma del bicameralismo paritario*, entrambi in AA.VV., *Autonomie territoriali, riforma del bicameralismo e raccordi intergovernativi*, cit., rispettivamente 217 ss. e 229 ss. Per un recente segnale di inversione di tendenza in ordine all'adeguamento dell'ordinamento parlamentare alle "questioni regionali", cfr. B. GUASTAFERRO, *Il Regolamento per la consultazione*

garantire il già sottolineato potere di emendamento del disegno di legge di approvazione dell'intesa, in relazione ai singoli articoli che lo compongono⁵⁵, dall'altro consentire, all'esito dell'esercizio di tale potere⁵⁶, una riapertura del confronto tra Stato e Regione sulla base di un testo (modificato) certo e definito⁵⁷.

5. L'art. 116, terzo comma Cost., ed il volto del regionalismo italiano

Non vi è dubbio che l'attuazione della previsione costituzionale in esame è in grado di cambiare non di poco i tratti del regionalismo italiano e forse la puntuale intuizione di questa capacità trasformativa è alla base della critica di Leopoldo Elia nei confronti della disposizione, al momento dell'entrata in vigore della revisione costituzionale del 2001⁵⁸.

Ciononostante, sembra non poco arduo giungere per la "clausola di differenziazione" ad una valutazione di contrasto con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Essa sembra, piuttosto, inserirsi in uno dei *trends* del regionalismo/contemporaneo volto ad introdurre elementi di asimmetria nella ripartizione delle competenze degli ordinamenti territoriali composti⁵⁹.

delle autonomie territoriali della Commissione parlamentare per le questioni regionali, in *Quad. cost.*, 2019, 447 ss., la quale auspica l'utilizzazione di tale atto "nella delicata fase del «regionalismo differenziato»" (449).

La recente esperienza spagnola di approvazione da parte delle *Cortes generales* di disposizione integrative dei regolamenti parlamentari ad opera delle Presidenze del *Congreso de los Diputados* e del *Senado*, che hanno consentito l'approvazione di leggi organiche di revisione degli statuti delle Comunità autonome caratterizzate, da un lato, dalla emendabilità in senso sostanziale in sede parlamentare delle proposte deliberate dalle Comunità autonome e, dall'altro, dal coinvolgimento delle Comunità nel procedimento parlamentare, è evidenziata da F. GALLARATI, *Il ruolo del Parlamento nell'attuazione del regionalismo differenziato tra Italia e Spagna*, cit., 92 ss.

⁵⁵ È questa circostanza di possibile intervento formalizzato e trasparente nella definizione del contenuto dei singoli articoli della legge di differenziazione – fermo restando il necessario assenso regionale sulle modifiche introdotte, alla luce di quanto sostenuto nel testo – che permette di superare l'obiezione (ben focalizzata, anche se non condivisa, da S. BARGIACCHI, *L'iter parlamentare del disegno di legge e di differenziazione*, cit., 11) secondo cui il potere di veto "in blocco" nei confronti della legge implica necessariamente un potere di contrattazione anche nei suoi contenuti e, quindi, non comporterebbe un annullamento del ruolo del Parlamento, avendosi così una sostanziale convergenza, dal punto di vista pratico, con la tesi dell'emendabilità in senso tecnico. Lungi dal convergere verso un'identità sostanziale, le due tesi restano ben distinte proprio perché il potere tecnico di emendamento consente una puntualità di intervento e di trasparenza del processo decisionale che la negoziazione conseguente al diniego di approvazione in blocco non offre, come storicamente dimostrato dalla spesso richiamata vicenda dell'approvazione statale degli statuti regionali ordinari, secondo la formulazione originaria dell'art. 123 Cost.

⁵⁶ Da intendersi in modo conforme al carattere bicamerale del procedimento legislativo, con la conseguenza di dover attendere l'esito dell'*iter legis* in entrambi i rami del Parlamento prima di poter disporre del quadro di modifiche dell'intesa originaria sulla base delle quali riaprire il confronto con la Regione.

⁵⁷ Spetterebbe alla Regione, a questo punto (e per essa, in coerenza con quanto sostenuto *supra*, necessariamente al Consiglio regionale) la scelta se concordare con le modifiche introdotte in sede parlamentare, potendosi così considerare raggiunta definitivamente l'intesa, o riaprire la negoziazione. C'è da chiedersi, a questo proposito, se si possa ritenere che sulle parti sulle quali si sia raggiunta l'intesa operi una preclusione ad ulteriori modifiche (applicando i principi del procedimento deliberativo parlamentare) oppure - in ragione e valorizzando la natura "pattizia" del procedimento - rimettere alla Regione la possibilità di una rinegoziazione dell'intero accordo...

⁵⁸ L. ELIA, *Introduzione*, in AA.VV., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V²*, a cura di T. Groppi – M. Olivetti, Torino, 2003, 18. L'argomento del carattere "asimmetrico" e "dissonante" dell'art. 116, terzo comma, Cost., rispetto ai "principi della Repubblica" è ripreso ora da A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato o trasformazione della Forma di Stato?*, in *Astrid Rassegna*, n. 13/2019, 16.

⁵⁹ Per questa rilevazione, cfr. F. PALERMO, *Il regionalismo differenziato*, in AA.VV., *La Repubblica delle autonomie*, cit., 55 ss., sottolineandosi comunque la differenza rispetto al modello teorico del federalismo asimmetrico che fa perno non già su cataloghi di competenze trasferibili quanto su "procedure e istituzioni paritetiche della differenziazione e, conseguentemente, della cooperazione" (60). Per la differenziazione competenziale e la devoluzione asimmetrica negoziata come elementi strutturali dei sistemi composti, *ivi* compreso quello italiano, cfr. ID., *Il ruolo dello Stato nel regionalismo asimmetrico*, in *Federalismi.it.*, n. 5/2019, 18. In precedenza, ID., *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2018, 255 ss. In tema, con riferimento anche all'ipotesi prevista dall'art. 116, terzo comma, Cost., cfr., tra gli altri, A.M. RUSSO, *Il regionalismo italiano nel vortice autonomistico della differenziazione: l'asimmetria sperimentale tra integrazione e conflitti*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2018, 365 ss.;

La procedura di realizzazione di tale obiettivo nella Costituzione italiana pare sufficientemente garantista delle esigenze e dei valori costituzionalmente rilevanti in gioco, grazie ai vincoli sostanziali e procedurali che si impongono ai negoziatori politici delle intese e tra i quali spiccano: 1) la valorizzazione dell'iniziativa regionale, conformemente ad un'ispirazione sussidiaria; 2) la necessità di un contenuto *pactado* della differenziazione, attraverso la previsione dell'intesa; 3) la salvaguardia dei fondamentali principi di solidarietà tra gli elementi costitutivi della Repubblica, in forza del rinvio all'art. 119 Cost. ed ai principi di perequazione e solidarietà ivi espressi; 4) la sottrazione alla mera maggioranza politica parlamentare e governativa della decisione statale sull'attivazione della clausola, attraverso la previsione della maggioranza assoluta di approvazione della legge che recepisce l'intesa, anche se a questo proposito torna a manifestarsi l'ambiguità strutturale della maggioranza assoluta che può rappresentare tanto un vincolo stringente quanto un limite blando, dipendendo ciò, come è noto, dal quadro politico sottostante e, dal punto di vista più strettamente istituzionale, dal sistema elettorale delle Camere del Parlamento.

Non sembra quindi di per sé incompatibile con il modello costituzionale la prospettiva di un accesso ampio delle Regioni italiane al modello della differenziazione, nel senso di un'utilizzazione da parte di un numero consistente od al limite di tutte le Regioni ordinarie⁶⁰ della possibilità offerta dalla disposizione in esame⁶¹, fatto salvo il requisito della sostenibilità finanziaria dell'assunzione di funzioni ulteriori rispetto a quelle già esercitate⁶².

Non è tanto, quindi, l'estensione soggettiva della clausola di differenziazione a poter creare dei problemi quanto il *quantum* di competenze devolvibili a ciascuna Regione e la presenza di materie e funzioni "sensibili" all'interno del pacchetto di competenze devolute.

Pare difficile, però, secondo chi scrive, tracciare in astratto ed in via preventiva un limite alla possibilità di ricorso ai meccanismi di differenziazione in esame. Sembra, piuttosto, che più probabilmente il processo attuativo della disposizione in esame tenderà a collocarsi in una posizione intermedia tra i due estremi del mero correttivo del regionalismo ordinario e della specialità (in

F. PASTORE, *La crisi del modello duale di regionalismo in Italia*, in [Federalismi.it](#), n. 7/2018; G. ROLLA, *Federalismo e Regionalismo in Europa. Alcune riflessioni sulle dinamiche in atto*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, numero speciale 2019, 657 ss., il quale sottolinea che l'adozione di tale modello comporta anche un' "architettura istituzionale" adeguata alle esigenze che la differenziazione comporta (676); L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato*, cit., 574 s.

⁶⁰ È la stessa formulazione letterale dell'art. 116, terzo comma, Cost., con il riferimento dell'istituto in esame ad "altre Regioni", evidentemente diverse da quelle speciali, ad imporre l'esclusione di queste ultime, per le quali valgono percorsi costituzionali diversi e tipizzati dal primo comma dell'art. 116 Cost. medesimo per il riconoscimento di "forme e condizioni particolari di autonomia". In questo senso, si rinvia, per tutti, a A. RUGGERI, [La "specializzazione" dell'autonomia regionale](#), cit., 604. L'estensione, con la forza giuridica dell'art. 116, terzo comma, Cost. e non con quella degli statuti costituzionali ed in via sperimentale, nella prospettiva della revisione statutaria, è comunque argomentata da A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in [Diritti regionali](#), n. 3/2019, 13 s. Le "sfide" alla specialità regionale e ad un suo ripensamento attraverso una revisione degli statuti che l'art. 116, terzo comma, Cost. pone sono sottolineate da O. CARAMASCHI, *Dalla specialità regionale alla differenziazione ex art. 116, terzo comma, Cost.: verso un sistema regionale asimmetrico?*, in [Diritti regionali](#), n. 2/2019, 19 ss.

⁶¹ Per questa prospettiva, cfr., in particolare, S. MANGIAMELI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 664 ss. La dimensione sperimentale dell'istituto, suscettibile di allargamento progressivo ad un numero ampio di Regioni è spesso sottolineata tra gli osservatori: cfr., tra i primi, L. ANTONINI, *Metodo della differenziazione versus metodo dell'uniformità*, in AA.VV., *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, a cura di A. Mastromarino – J. M. Castellà Andreu, Milano, 2009, 13. Di recente, C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, cit., 329.

La circostanza per cui il regionalismo differenziato può costituire "un mezzo per rivitalizzare il regionalismo italiano" è ben sottolineata da M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., 7 s. Secondo un'interessante osservazione di F. CORTESE, *Il nuovo Governo e le Regioni*, in *Le Regioni*, 2018, 5, il successo tra le Regioni italiane del metodo della differenziazione "potrebbe contribuire, curiosamente, a riallacciare un ponte tra il Nord ed il Sud" consentendo la configurazione di un "cabina di regia dalla matrice realmente repubblicana".

⁶² Di qui, la difficile ammissibilità di un accesso alla stessa negoziazione di un'intesa ex art. 116, terzo comma, Cost., per Regioni in regime di commissariamento ex art. 120, secondo comma, Cost.

senso proprio) diffusa⁶³. Una serie di clausole di salvaguardia implicite nel sistema sembrano infatti operare avverso un'utilizzazione massiva della "clausola di asimmetria": l'onerosità finanziaria conseguente all'assunzione di nuove funzioni al netto dell'assolvimento di reali e significativi doveri di solidarietà nei confronti delle altre Regioni, innanzitutto⁶⁴ ⁶⁵; la presenza di una

⁶³ L'alternativa tra i due possibili esiti estremi del processo di differenziazione sulla base dell'art. 116, terzo comma, Cost. richiamati nel testo è sintetizzata da A.M. POGGI, *Art. 116, comma 3: norma di sistema o norma di razionalizzazione del regionalismo ordinario?*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile* (Atti del convegno *Regionalismo differenziato: opportunità e criticità*, Milano 8 ottobre 2019, pubblicati nel sito telematico del [Centro Studi sul federalismo](#)) 27 ss., ove l'A. esprime un netto favore per un'interpretazione volta a considerare l'istituto "strumento di razionalizzazione del regionalismo ordinario" e non modello alternativo ad esso. La circostanza per cui l'esito del processo di differenziazione è rappresentato dalla creazione di un "continuum fluido" tra regionalismo ordinario "classico" e regioni speciali, è sottolineata da F. ABBONDANTE – S. PRISCO, [I nodi problematici nel processo di attuazione dell'autonomia regionale differenziata, tra questioni giuridiche e obiettivi politico-economici](#), in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), in questa [Rivista](#) (19.12.2019), 2, i quali evidenziano, comunque, anche i rischi disgregativi di una "rincorsa emulativa" tra Regioni (7). Di una specialità in senso dinamico, "dal momento che ciascuna Regione può attivamente contribuire alla sua caratterizzazione" scrive 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*, 2012, 147, la quale sottolinea il meccanismo – peraltro non isolato nella nostra Carta fondamentale – di decostituzionalizzazione formale insito nell'istituto in esame (106). Cfr. anche P. COSTANZO, *Le Regioni tra tendenze evolutive e prospettive future*, in [Il Piemonte delle Autonomie](#), n. 3/2018, 7.

⁶⁴ Tra i meccanismi volti a rendere esigibili tali doveri di solidarietà spicca la concretizzazione della perequazione finanziaria richiamata dall'art. 119 Cost. e, prima ancora, la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni indispensabili (e dei relativi costi) da garantire su tutto il territorio nazionale. Sulla base di tali presupposti occorre, quindi, procedere alla definizione dei fabbisogni *standard* per il finanziamento delle funzioni conferite, sciogliendo il nodo del criterio di determinazione di tali fabbisogni... Sulla essenzialità della realizzazione di tali requisiti costituzionali, *prioritariamente* od al più *contestualmente* alla realizzazione della differenziazione *ex art. 116, terzo comma, Cost.* si è molto – e giustamente – insistito nella riflessione scientifica. Cfr., per tutti, A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, cit., 8; D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale*, cit., 273 ss.; M.C. GUERRA, *Autonomia regionale differenziata: verso la «secessione dei ricchi»?*, in *Le Regioni*, 2019, 413 ss.; S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in [Diritti regionali](#), n. 3/2019, 5 ss.; 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](#), n. 3/2019 (che ne sottolinea il diretto collegamento con il principio di copertura delle spese e di equilibrio di bilancio, come di recente rimarcata dalla sent. n. 197 del 2019 della Corte costituzionale); A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e coesione territoriale*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, cit., 18 ss.; M. MEZZANOTTE, *L'art. 116, comma 3, tra obblighi finanziari e vincoli di contenuto*, in [Federalismi.it](#), n. 23/2019, 15; R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, cit., 274 ss. E' questa, a parere di chi scrive, la vera attuazione legislativa dell'art. 116, terzo comma, Cost. necessariamente propedeutica alla concreta attivazione dell'istituto. La posizione espressa da molti studiosi italiani in ordine all'adozione di una previa legge di disciplina degli aspetti generali dell'istituto, *ivi* comprese le parti comuni alle singole intese (cfr., in questa direzione, tra gli altri, B. CARAVITA, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, in [Federalismi.it](#), n. 13/2019; S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001*, cit., 6 s. per il quale la via maestra sarebbe rappresentata da una legge costituzionale di attuazione ma che ritiene ammissibile anche una delega legislativa; R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, cit., 262 ss.) si colloca sul piano dell'opportunità più che su quello della necessità.

Vero è che, con riferimento a questo cruciale tema, vengono al pettine tutti i nodi legati all'inattuazione delle previsioni dell'art. 119 Cost. e dal permanere di un *favor* di fondo per una "finanza derivata" nella nostra esperienza costituzionale. Sul punto, cfr. le lucide osservazioni di G. RIVOSECCHI, *L'autonomia finanziaria regionale e il regionalismo differenziato*, in [diritto & conti](#), n. 2 del 2019, 23 ss. L'incompletezza del processo attuativo dell'art. 119 Cost., iniziato con la l. n. 42 del 2009 ed i decreti legislativi attuativi di questa, ma mai compiuto e profondamente condizionato dalla "legislazione della crisi", è sottolineata da M.C. GUERRA, *Autonomia regionale differenziata*, cit., 420 ss.; C. BUZZACCHI, [Il sistema di finanziamento delle Regioni ad autonomia differenziata nel quadro dell'art. 119 Cost.: il federalismo asimmetrico come variabile di quello simmetrico](#), in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), in questa [Rivista](#) (31.10.2019) 3; G. CHIARA, *Il regionalismo differenziato tra attese federaliste e rischi di eccessi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), (6 luglio 2019), 6. In precedenza, cfr. F. SAITTO, *Le legge delega sul "federalismo fiscale"*, cit., 2827, nota 40.

⁶⁵ Per quanto riguarda il versante statale, il dubbio che l'autonomia differenziata possa perdere molta della sua capacità attrattiva quando ci si renderà conto del sistema di vincoli che essa comporta per il Governo; vincoli in grado di cancellare buona parte del non molto spazio di utilizzazione del bilancio come strumento di politica economica è avanzato da A. MANGIA, *L'eterno ritorno dell'autonomia differenziata*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) (24 settembre 2019), 10.

controparte statale della negoziazione ad un duplice livello (Governo, prima, Parlamento⁶⁶, poi) che non può acconsentire – politicamente, prima ancora che giuridicamente – a svuotamenti significativi della propria identità istituzionale e funzionale⁶⁷; la presenza di una barriera di protezione rappresentata dall'elenco delle materie di competenze esclusive di cui all'art. 117, secondo comma, Cost., ed in particolare di talune di esse al loro interno⁶⁸; la possibilità di un sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale⁶⁹ nei confronti delle stesse leggi ex art. 116, terzo comma Cost., qualora esse compromettano beni costituzionali unitari insuscettibili di frazionamento.

Sono tutti elementi che inducono ad un atteggiamento di prudenza e di concretezza da parte degli studiosi di diritto costituzionale⁷⁰, dovendosi attendere che un numero sufficiente di tessere del “puzzle” del regionalismo asimmetrico siano sul tavolo prima di giungere a conclusioni ricostruttive di carattere generale.

⁶⁶ Ove il ruolo del Parlamento va letto, a maggior ragione, nel senso di soggetto dotato di poteri di partecipazione sostanziali, come sostenuto *supra* nel testo...

⁶⁷ È in seno allo Stato che occorre operare una prima rigorosa “analisi delle funzioni”: della loro funzionalità attuale, della loro devolvibilità, sotto profili non solo giuridici ma anche economici e sociologici e delle riorganizzazioni richieste dalla devoluzione, al fine di acquisire una consapevolezza che dovrebbe presiedere ogni negoziazione politica con gli enti regionali richiedenti. Analoghe considerazioni delle implicazioni organizzative e funzionali conseguenti all'acquisizione delle nuove competenze dovrebbero precedere le richieste regionali, onde evitare che il risultato della differenziazione sia la “riproduzione del modello ministeriale moltiplicato per il numero di regioni che chiederanno di attivare il meccanismo dell'art. 116, 3° co, Cost.”, come osservato da A. NATALINI, *Il regionalismo differenziato: opportunità per riformare le amministrazioni pubbliche o rischio di incrementare le complicazioni burocratiche*, in [Astrid Rassegna](#), n. 10/2018, 4. Sulla imprescindibilità di tale operazione di analisi preventiva, cfr. anche S. STAIANO, *Il regionalismo differenziato*, cit., 227; R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, cit., 268.

⁶⁸ In particolare, come si è visto *supra*, l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. Sulla riserva di legge statale in materia – ribadita dall'art. 20, comma 2, della l. n. 42 del 2009, si è opportunamente insistito in dottrina: cfr. M.C. GUERRA, *Autonomia regionale differenziata*, cit., 433; S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001*, cit., 5. Per una considerazione del modo di operatività del limite dell'“ordinamento civile” ex art. 117, secondo comma, Cost., lett. l), con riferimento al “Terzo Settore”, cfr. L. BRUNETTI, *I possibili effetti dell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. sulla disciplina del “terzo settore” (D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117)*, cit., 23 ss.

La categoria costituzionalistica dell'“omogeneità” quale “collante necessario della coesione unitaria” richiamata da V. BALDINI, *Unità dello Stato e dinamiche delle autonomie territoriali*, in [Federalismi.it.](#), n. 13/2019, 10; ID., *Il regionalismo differenziato: un pericolo per l'unità dello Stato? Profili teorici e di diritto positivo*, in [Dirittifondamentali.it.](#), n. 2/2019, 6 s. si presta ad un'utile applicazione in questo ambito, fermi restando i problemi legati all'estensione di tale limite alla differenziazione.

⁶⁹ Cfr. nota 19 del presente lavoro.

⁷⁰ Le aspettative di valorizzazione del principio di differenziazione ed, al tempo stesso, le significative incognite, potenzialmente traumatiche per l'ordinamento unitario, insite nel meccanismo dell'art. 116, terzo comma, Cost. sono richiamate da R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 2017, 657 ss. che per tali ragioni auspica – del tutto condivisibilmente – un approccio ispirato a selettività, gradualità e ragionevolezza (659).

Guerino Fares

**L'obbligo di copertura finanziaria delle leggi che costano:
qualche spunto alla luce del contributo offerto dalla Corte costituzionale***

SOMMARIO: 1. Il fondamento giuridico della copertura di spesa: inquadramento sistematico. – 2. Gli orientamenti della Corte costituzionale. – 3. Le plurime interconnessioni con la materia della contabilità pubblica

1. Il fondamento giuridico della copertura di spesa: inquadramento sistematico

Per effetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale¹ si è ulteriormente ravvivato il dibattito intorno ai rapporti costituzionalmente obbligati fra le norme di legge che apportano innovazioni organizzative e programmatiche per le politiche pubbliche, da un lato, e le modalità di indicazione delle risorse effettivamente disponibili a finanziarle, dall'altro.

In un quadro in cui – ammonisce la Corte² – la copertura di nuove spese deve essere credibile, sufficientemente sicura, non arbitraria né irrazionale e adeguatamente calibrata sui nuovi oneri finanziari da sostenere, nessuno dei livelli di governo, regioni comprese, può sottrarsi alla fondamentale esigenza di chiarezza ed equilibrio del bilancio di cui all'art. 81 Cost., come riformulato dalla l. cost. n. 1 del 2012³.

Di qui, la necessità di un corredo istruttorio che, muovendo dal quadro degli interventi finanziabili, assicuri la sostenibilità economica delle singole coperture attraverso studi di natura tecnica e finanziaria: di qui, ancora, l'inaccettabilità di misure che si traducano in una «mera ipotesi politica»⁴ la cui fattibilità giuridica ed economico-finanziaria non sia «supportata neppure da una schematica relazione tecnica»⁵. Nelle pagine seguenti, dopo aver delineato le pertinenti coordinate concettuali e normative, si analizzeranno i principali orientamenti sviluppati in materia dalla Corte costituzionale per poi concludere con alcune riflessioni che tengano conto anche del prezioso apporto fornito dalla

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio*

¹ [Corte cost., sent. 20 ottobre 2019 n. 227](#).

² [Corte cost., sent. 18 giugno 2008 n. 213](#), con nota di A. BRANCASI, *La Corte costituzionale risolve un problema di veridicità dei conti in termini di violazione dell'obbligo della copertura finanziaria*, in *Le Regioni*, 2008, n. 4-5, 976; e [Corte cost., sent. 17 marzo 2010 n. 100](#). Rammentano che «il concetto di copertura è frutto della metodologia marginalistica di ottocentesca derivazione, in virtù della quale la variazione indotta da una norma onerosa sull'equilibrio di bilancio in essere deve avere un risultato pari a zero. Questo risultato può essere conseguito solo imponendo alla norma onerosa l'obbligo di una sua integrale copertura finanziaria»: C. FORTE - M. PIERONI, *Prime osservazioni relative alla sentenza n. 196 del 2018 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), n. 12/2019, 14.

³ Evidenzia come, nonostante la discontinuità tra il vecchio e il nuovo testo dell'art. 81, l'eredità delle pronunce più datate della Corte costituzionale torni oggi utile alla luce di quegli esiti, capaci di conferire una maggiore enfasi alla dimensione sostanziale, e non meramente contabile, dell'equilibrio, C. BUZZACCHI, *L'«armonia logica e matematica dell'equilibrio del bilancio» e le improbabili acrobazie contabili del legislatore regionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 3032. Sulla portata dell'obbligo in vigenza dell'originario testo dell'art. 81 cfr., diffusamente, P. DE IOANNA, *Copertura delle leggi di spesa*, in A. Barettoni Arleri (a cura di), *Dizionario di contabilità pubblica*, Milano, 1989, 119 ss.

⁴ In questi termini si esprime [Corte cost., sent. n. 227/2019](#), cit., evidenziando come la carenza di presupposto giuridico degli stanziamenti di spesa sia causata dall'insufficiente e irrazionale copertura della legge che li prevede, a proposito della quale si è parlato di “legge-tarocco” o di “legge-manifesto” o “legge-promessa”, costituita da null'altro che un insieme di più o meno belle immagini virtuali (G. DI PLINIO, *Leggi-fake di spesa e razionalità finanziaria al tempo dei vincoli quantitativi di bilancio*, in [Federalismi.it](#), n. 21/2019, 2).

⁵ Il senso giuridico della inaccettabilità della misura legislativa è ben reso da [Corte cost., sent. 19 luglio 2012 n. 192](#) ove si specifica che il principio della previa copertura della spesa in sede legislativa è inderogabile e che la forza espansiva dell'art. 81, comma 4, Cost., presidio degli equilibri di finanza pubblica, che prevede detto principio, si sostanzia in una vera e propria clausola generale in grado di invalidare tutti gli enunciati normativi che non siano coerenti con i principi della sana gestione finanziaria e contabile; nello stesso senso, v. [Corte cost., sent. 28 marzo 2013 n. 51](#).

Corte dei conti in un'ottica valorizzatrice dell'asse giurisdizionale che parte della dottrina da qualche tempo saluta con favore per i suoi potenziali, utili nessi sistematici⁶.

L'attuale comma 3 dell'art. 81 Cost., stabilendo che «ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte», conferma l'obbligo di copertura finanziaria sia per le leggi che determinano nuovi e maggiori spese sia per quelle che determinano minori entrate, in quanto entrambe generano uno squilibrio di bilancio cui occorre far fronte con una riduzione delle spese o con nuove o maggiori entrate⁷.

Ai fini della verifica del rispetto di tale requisito costituzionale assumono rilievo la corretta determinazione degli effetti di maggior spesa o di minore entrata derivanti dalle norme nonché la coerenza tra la quantificazione della proposta di legge con i mezzi di copertura.

Va, al riguardo, evidenziata la rilevanza anche prospettica rinvenibile nell'art. 17, comma 3, della l. n. 196 del 2009, come modificato recentemente dall'art. 3, l. n. 163 del 2016⁸, con riferimento alla relazione tecnica di cui più avanti si rappresentano considerazioni dettagliate.

La centralità del sistema delle coperture, quale disegnato dal quadro normativo di riferimento ed implementato grazie ai principi autorevolmente posti dalla Corte costituzionale, ripropone dunque l'esigenza di una particolare attenzione alla tematica, a partire da una adeguata impostazione, per l'appunto, della relazione tecnica⁹.

In linea generale, quest'ultima è espressamente prevista per valutare le conseguenze finanziarie, in termini di entrate e di spesa, derivanti da atti normativi aventi valore di legge.

Rilevante è la distinzione fra tipologie di norma finanziaria. È possibile, in particolare, isolarne due tipi, a seconda che rechino una autorizzazione di spesa, laddove la quantificazione funge come limite massimo di stanziamento per ciascun esercizio (c.d. tetto di spesa), ovvero una previsione di spesa, nell'ipotesi che la spesa possa essere soltanto stimata.

Nel primo caso, oltre il limite individuato si determina un'automatica cessazione di efficacia della legge, senza che si rendano necessari interventi *ad hoc*, nemmeno quando siano configurabili posizioni di diritto soggettivo, i cui effetti restano sospesi finché non si sarà provveduto ad un rifinanziamento della legge.

Nel caso della seconda tipologia di norma finanziaria (previsione di spesa), al fine di assicurare la corrispondenza temporale a regime fra l'onere indotto e la relativa copertura, in forza dell'originario disposto di cui all'art. 17, comma 1, della legge di contabilità dello Stato¹⁰, occorre introdurre nel

⁶ Il riferimento è a P. COSTANZO, *La copertura finanziaria delle leggi nel network delle giurisdizioni*, in *Rass. parl.*, 2007, n. 1, 105 ss.

⁷ Il principio della copertura finanziaria degli atti legislativi ed amministrativi che comportano una spesa pubblica, quale principio generale ed inderogabile dell'ordinamento, derivante dalle norme di contabilità pubblica e dall'art. 81 Cost. si estende, naturalmente, anche agli atti amministrativi: per un riscontro, Tar Campania - Napoli, sez. II, 7 gennaio 2013 n. 176.

⁸ Legge 4 agosto 2016 n.163, recante modifiche alla legge 31 dicembre 2009 n. 196 concernenti il contenuto della legge di bilancio, in attuazione dell'art. 15 della legge 24 dicembre 2012 n. 243. In dottrina, cfr. C. BERGONZINI, *La riforma della legge di contabilità pubblica (l. n. 163/2016): le principali novità (e alcuni profili critici)*, in Federalismi.it, n. 9/2017.

⁹ Questa si differenzia dalla relazione illustrativa che di solito accompagna ciascun testo normativo ai fini della sua coerente comprensione, con la esplicitazione delle motivazioni del provvedimento, delle sue finalità, dei suoi raccordi con la normativa previgente e, dei contenuti normativi delle disposizioni proposte. Altre relazioni previste a corredo sono riferite all'analisi tecnico normativa nonché all'analisi dell'impatto della regolazione: cfr., in proposito, circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 26 febbraio 2009, "[Istruttoria degli atti normativi del Governo](#)", in *G.U.* 8 aprile 2009 n. 82.

¹⁰ Al riguardo, si segnalano i rilievi di G. LUCHENA, *Le clausole di salvaguardia nella finanza pubblica*, Bari, 2017, 38 s., il quale – tenuto conto che la credibilità ed attendibilità della copertura di spesa e la sua sufficiente sicurezza costituiscono parametri che esigono da tutti i livelli di governo una previa ed accurata verifica della disponibilità delle risorse da impiegare – sottolinea come le clausole di salvaguardia devono essere strutturate alla luce delle disposizioni di cui all'art. 81 Cost. in modo da «indicare in modo dettagliato tempi e modalità di attivazione che consentano di non alterare l'equilibrio complessivo del bilancio. Le spese previste, cioè stimate nel loro porsi sotto il profilo quantitativo, devono trovare corrispondenza all'interno della "clausola" per alzare una specie di diga dinanzi ad ipotesi di eccedenza delle spese medesime, proprio perché si tratta di una *previsione* di entrata e non di un'entrata *certa*».

testo legislativo una clausola di salvaguardia a compensazione degli effetti che eccedono le previsioni¹¹: secondo un meccanismo che consente di attuare misure compensative mediante l'individuazione delle spese da ridurre o delle entrate da incrementare, restando comunque precluso il ricorso ai fondi di riserva o speciali¹².

Tuttavia, le clausole a contenuto finanziario possono disporre anche diversamente, allorchando si riconosca carattere di neutralità finanziaria alla legge.

La norma finanziaria può, invero, recare una clausola c.d. di non onerosità, di cui deve tuttavia essere riscontrata attraverso adeguata documentazione la reale e concreta sussistenza, il cui difetto celerebbe altrimenti una mancata copertura.

Un'ulteriore fattispecie è costituita dalla clausola c.d. di invarianza finanziaria, sulla cui base si viene a disporre, secondo una formulazione tipica, che dalla legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (intesa nella accezione di finanza allargata), essendo le amministrazioni interessate tenute a provvedere all'adempimento dei compiti dalla stessa derivanti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente: anche in tale ipotesi occorre, tuttavia, valutare se le nuove funzioni siano o meno effettivamente espletabili a risorse invariate, per evitare che in sede di previsione annuale di bilancio intervengano richieste per l'appostamento di risorse ulteriori.

Tornando alla relazione tecnica, predisposta dalle amministrazioni competenti e verificata dal Ministero dell'economia e delle finanze, va evidenziato innanzitutto come l'art. 17, comma 3, l. n. 196/2009, cit., nella sua ultima versione¹³, prescrive che tale strumento tecnico-redazionale si accompagni ai disegni di legge, agli schemi di decreto legislativo, e agli emendamenti di iniziativa governativa, riferendosi quindi, *in primis*, all'ambito della produzione normativa statale. Il successivo

¹¹ Gli stessi effetti prima garantiti dalla clausola di salvaguardia sono ora assicurati da meccanismi sostitutivi di impatto sostanziale equivalente. In materia, vanno richiamate le competenze del Ministro dell'economia in funzione di monitoraggio sull'andamento degli oneri, «al fine di prevenire l'eventuale verificarsi di scostamenti dell'andamento dei medesimi oneri rispetto alle previsioni» (art. 17, comma 12). Qualora dal monitoraggio emerga che uno scostamento è in procinto di verificarsi, la norma prevede una duplice ipotesi: se lo scostamento è compensabile nel corso dell'esercizio e il relativo stato di previsione è sufficiente a coprirlo, il Ministro dell'economia provvede con proprio decreto (sentito il Ministro competente) alla corrispondente riduzione degli stanziamenti. Se invece non sono sufficienti le risorse dello stato di previsione, l'intervento, coinvolgendo anche stati di previsione diversi da quello in cui rientra la legge che ha prodotto lo scarto necessita di un decreto del Presidente del Consiglio, previa delibera del Consiglio dei ministri, coinvolgendo quindi l'Esecutivo nella sua collegialità. In entrambi i casi il comma 12-bis impone che gli schemi dei decreti, «corredati di apposita relazione che espone le cause che hanno determinato gli scostamenti, anche ai fini della revisione dei dati e dei metodi utilizzati per la quantificazione degli oneri», siano trasmessi alle Commissioni parlamentari competenti per i profili finanziari, che devono rendere il parere entro 7 giorni (sul punto, R. DICKMANN, *Prime note sulla nuova legge di bilancio e sulla manovra di finanza pubblica alla luce delle modifiche apportate nel 2016 alla legge di contabilità generale n. 196 del 2009*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 6/2017, 16). Qualora lo scostamento è tale da non poter essere compensato entro l'esercizio in corso: in questa ipotesi, resta in vigore la disciplina già prevista in via generale prima della novella di cui alla l. n. 163/2016, dal comma 13, ai sensi del quale il Ministro dell'economia «assume tempestivamente le conseguenti iniziative legislative al fine di assicurare il rispetto dell'articolo 81 della Costituzione». Per quanto riguarda, infine, gli esercizi successivi a quello in corso, il nuovo co. 12-quater prevede che alla compensazione degli effetti che eccedono le previsioni si provvede con la legge di bilancio (e in particolare con la prima sezione della stessa), «adottando prioritariamente misure di carattere normativo correttive della maggiore spesa».

¹² Come messo in luce da [Corte cost., sent. n. 224/2014](http://www.corteconstituzionale.it), cit., il principio di analitica copertura espresso dall'art. 81, quarto comma, Cost., e ora sostanzialmente riprodotto nell'art. 81, terzo comma, Cost., come formulato dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, trova, tra l'altro, esplicita declinazione nell'apposito art. 17 (*Copertura finanziaria delle leggi*) della l. 31 dicembre 2009, n. 196 (*Legge di contabilità e finanza pubblica*) – direttamente applicabile alla Provincia autonoma di Bolzano, per effetto dell'art. 19, comma 2, della stessa legge – laddove è prescritto che ciascuna legge che comporti nuovi o maggiori oneri indica espressamente, per ciascun anno e per ogni intervento da essa previsto, la spesa autorizzata, che si intende come limite massimo di spesa, ovvero le relative previsioni di spesa, definendo una specifica clausola di salvaguardia, da redigere secondo i criteri di cui al comma 12, per la compensazione degli effetti che eccedano le previsioni medesime. In ogni caso la clausola di salvaguardia deve garantire la corrispondenza, anche dal punto di vista temporale, tra l'onere e la relativa copertura.

¹³ Tra le modifiche intervenute appare importante menzionare quella relativa alla copertura finanziaria di leggi che comportino nuovi o maggiori oneri, ovvero minori entrate, anche mediante “modifica o soppressione dei parametri che regolano l'evoluzione della spesa previsti dalla normativa vigente, dalle quali derivino risparmi di spesa”.

comma 6 estende, tuttavia, la medesima previsione anche ai disegni di iniziativa regionale, in coerenza con l'impostazione generale dello stesso art. 17 che, finalizzato all'attuazione dell'art. 81 Cost. e riferito, come si desume dal comma 1, a "ciascuna legge", si indirizza anche alla legislazione regionale, altrettanto tenuta ad indicare espressamente la spesa autorizzata ogni qualvolta importi nuovi o maggiori oneri¹⁴.

La portata di un tale *incipit* si coglie in misura ancor più significativa leggendo la stessa norma in combinato disposto con il successivo articolo 19, comma 1¹⁵, che prevede che le leggi e i provvedimenti che comportano oneri anche sotto forma di minori entrate a carico dei bilanci delle amministrazioni pubbliche devono contenere la previsione dell'onere stesso e l'indicazione della copertura finanziaria riferita ai relativi bilanci, annuali e pluriennali¹⁶.

È, inoltre, da segnalare il comma 2 del medesimo art. 19, nella parte in cui dispone che, ai sensi dell'art. 81, comma 3, Cost., le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano sono tenute a indicare la copertura finanziaria nelle leggi che prevedono nuovi o maggiori oneri a carico della loro finanza e della finanza di altre amministrazioni pubbliche anche attraverso il conferimento di nuove funzioni o la disciplina delle funzioni ad esse attribuite: a tal fine, devono essere utilizzate le metodologie di copertura previste, proprio, dall'art. 17.

Sul piano sistematico e generale va, nondimeno, sottolineata l'esigenza di garantire la copertura nei casi in cui la spesa gravi su più esercizi, in un arco pluriennale coerente con la natura degli interventi e la durata degli oneri, estendendo il vincolo sulle disponibilità di esercizi futuri e conformandone la relativa capacità di spesa.

Si ricorda, in proposito, che l'art. 38, d.lgs. n. 118/2011 ss.mm.ii., di disciplina dell'armonizzazione dei sistemi contabili, stabilisce l'obbligo di copertura finanziaria per i provvedimenti legislativi regionali concernenti spese a carattere continuativo e a carattere pluriennale (commi 1 e 2)¹⁷. Del resto, si prospetta al riguardo una auspicabile rivisitazione normativa a livello

¹⁴ La Corte costituzionale ha ravvisato nella funzione stessa della clausola di salvaguardia, espressione di un principio generale volto a garantire l'obbligo di copertura delle leggi di spesa, la applicabilità diretta a regioni e province autonome del comma 12 dell'art. 17, anche a prescindere dalla conforme previsione di cui all'art. 19, comma 2, della stessa legge (cfr., ad es., [sent. n. 224/2014](#), su cui v. § 2).

¹⁵ L'art. 19, comma 1, L. n. 196/2009, «specificativo del precetto di cui all'art. 81, terzo comma, Cost., prescrive quale presupposto della copertura finanziaria la previa quantificazione della spesa, per l'evidente motivo che non può essere assoggettata a copertura un'entità indefinita»: così Corte cost., 11 luglio 2018 n. 147.

¹⁶ Sul principio di continuità del bilancio, da intendersi quale «specificazione del principio dell'equilibrio tendenziale contenuto nell'art. 81 Cost., in quanto collega gli esercizi sopravvenienti nel tempo in modo ordinato e concatenato, consentendo di inquadrare in modo strutturale e pluriennale la stabilità dei bilanci preventivi e successivi», [Corte cost., sent. 5 marzo 2018 n. 49](#).

¹⁷ L'art. 38 (articolo modificato dall'art. 9, comma 1, lett. b), d.l. 31 agosto 2013, n. 102, convertito, con modif., nella legge 28 ottobre 2013, n. 124, e, successivamente, così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. aa), del d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126, che ha sostituito l'intero Titolo III con gli attuali Titoli III, IV e V) dispone: 1. Le leggi regionali che prevedono spese a carattere continuativo quantificano l'onere annuale previsto per ciascuno degli esercizi compresi nel bilancio di previsione e indicano l'onere a regime ovvero, nel caso in cui non si tratti di spese obbligatorie, possono rinviare le quantificazioni dell'onere annuo alla legge di bilancio; 2. Le leggi regionali che dispongono spese a carattere pluriennale indicano l'ammontare complessivo della spesa, nonché la quota eventualmente a carico del bilancio in corso e degli esercizi successivi. La legge di stabilità regionale può annualmente rimodulare le quote previste per ciascuno degli anni considerati nel bilancio di previsione e per gli esercizi successivi, nei limiti dell'autorizzazione complessiva di spesa. Significativa anche la previsione di cui all'art. 49 del medesimo d. lgs. n. 118 del 2011, che disciplina i fondi speciali, L'art. 49 (articolo aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. a), del d.lgs. 10 agosto 2014 n. 126, che ha sostituito l'intero Titolo III con gli attuali Titoli III, IV e V) così recita: 1. Nel bilancio regionale possono essere iscritti uno o più fondi speciali, destinati a far fronte agli oneri derivanti da provvedimenti legislativi regionali che si perfezionino dopo l'approvazione del bilancio; 2. I fondi di cui al comma 1 non sono utilizzabili per l'imputazione di atti di spesa; ma solo ai fini del prelievo di somme da iscrivere in aumento alle autorizzazioni di spesa dei programmi esistenti o dei nuovi programmi dopo l'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi che autorizzano le spese medesime; 3. I fondi di cui al comma 1 sono tenuti distinti a seconda che siano destinati al finanziamento di spese correnti o di spese in conto capitale; 4. Le quote dei fondi speciali, non utilizzate al termine dell'esercizio secondo le modalità di cui al comma 2, costituiscono economie di spesa; 5. Ai fini della copertura finanziaria di spese derivanti da provvedimenti legislativi non approvati entro il termine dell'esercizio relativo, ma in corso di approvazione da parte del Consiglio, può farsi riferimento alle quote non utilizzate dei relativi fondi speciali di detto esercizio. A tal fine, le economie di spesa derivanti dalle quote non utilizzate di tali

regionale anche alla luce degli spazi riconosciuti¹⁸, soprattutto per porre rimedio alle problematiche di ordine organizzativo e funzionale sovente riscontrate.

Da sottolineare, infine, il comma 6-*bis* dello stesso art. 17, in virtù del quale per le disposizioni corredate di clausole di neutralità finanziaria la relazione tecnica riporta la valutazione degli effetti derivanti dalle disposizioni medesime, i dati e gli elementi idonei a suffragare l'ipotesi di invarianza degli effetti sui saldi di finanza pubblica, attraverso l'indicazione dell'entità delle risorse già esistenti nel bilancio e delle relative unità gestionali, utilizzabili per le finalità indicate dalle disposizioni medesime anche attraverso la loro riprogrammazione. In ogni caso, la clausola di neutralità finanziaria non può essere prevista nel caso di spese di natura obbligatoria.

2. Gli orientamenti della Corte costituzionale

Il primo quesito da porsi, evocato anche dal titolo del presente lavoro, attiene alla individuazione delle leggi che “costano” e che, pertanto, soggiacciono all'obbligo di analitica copertura della spesa espresso dall'art. 81, comma 3, Cost.

Una risposta, al riguardo, ce la porge ormai da tempo la Corte costituzionale, la quale opta per una concezione sostanzialistica che reputa irrilevanti auto-qualificazioni di carattere meramente formale: in altre parole, da una legge che non menzioni i mezzi con cui finanziare le attività da essa previste non è lecito desumere che queste ultime non comportino spesa alcuna ma, al contrario, potendosi celare una volontà elusiva dell'obbligo in questione, occorre svolgere un ancor più attento esame della portata prescrittiva concreta della normativa stessa.

fondi speciali costituiscono una quota accantonata del risultato di amministrazione, destinata alla copertura finanziaria di spese derivanti dai relativi provvedimenti legislativi, purché tali provvedimenti siano approvati entro il termine dell'esercizio immediatamente successivo. Sull'utilizzo e sulla natura dei fondi speciali si è pronunciata anche il Giudice costituzionale. Con la [sent. 20 luglio 2016 n. 184](#) (annotata da G. DELLEDONNE, *Le leggi regionali di contabilità, dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/2012. Alcune considerazioni sulla sentenza n. 184/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2016), la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 3, della legge reg. Toscana n. 1 del 2015, promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato dall'Avvocatura generale dello Stato, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione ed in relazione all'art. 49, comma 2, del d.lgs. n. 118 del 2011. La disposizione censurata prevede che alla legge di bilancio venga allegato l'elenco dei provvedimenti legislativi che possono essere finanziati con i fondi speciali e che nel corso dell'esercizio finanziario le disponibilità dei fondi speciali possano essere utilizzate anche per fornire la copertura a quelli non ricompresi nel summenzionato elenco, a condizione che il provvedimento da coprire indichi gli interventi inseriti nell'elenco cui viene sottratta la relativa copertura: la norma, secondo la seconda parte ricorrente, contrasterebbe con l'art. 49 del d.lgs. n. 118 del 2011. Quest'ultimo dispone che nel bilancio regionale possono essere iscritti uno o più fondi speciali, destinati a far fronte agli oneri derivanti da provvedimenti legislativi regionali che si perfezionino dopo l'approvazione del bilancio, e che tali fondi non sono utilizzabili per l'imputazione di atti di spesa, ma solo ai fini del prelievo di somme da iscrivere in aumento alle autorizzazioni di spesa dei programmi esistenti o dei nuovi programmi, dopo l'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi che autorizzano le spese medesime. Secondo la Corte, l'espressione «utilizzate» non significa certamente che le disponibilità dei fondi speciali siano direttamente oggetto di atti di impegno di spesa; essa esprime correttamente la regola secondo cui le disponibilità in contestazione sono accantonate nei fondi speciali al fine di aumentare – quando ne ricorrano i presupposti – le autorizzazioni di spesa di programmi già esistenti o di nuovi programmi. In definitiva, secondo la Corte, il comma 3 del menzionato art. 15 non disciplina l'utilizzo delle somme accantonate nei fondi speciali in difformità dai principi ricavabili dall'art. 49, comma 2, del d.lgs. n. 118 del 2011.

¹⁸ La Corte ha osservato che la programmazione economica e finanziaria regionale, le relative procedure contabili e l'attuazione in sede locale dei principi di coordinamento della finanza pubblica si inseriscono in un ambito normativo particolarmente complesso, il quale – sul versante della Regione – impinge nella potestà legislativa concorrente di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost., in quella residuale del successivo quarto comma del medesimo articolo e nell'autonomia finanziaria garantita dall'art. 119 Cost. Non rileva in tale prospettiva il problema se sia configurabile – in simmetria con la funzione «sistema contabile dello Stato» prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. – una potestà legislativa residuale della Regione definibile come «sistema contabile regionale» riconducibile al quarto comma del medesimo art. 117 Cost.; quel che è certo è che non può essere disconosciuta la potestà di esprimere nella contabilità regionale, pur nel rispetto dei vincoli statali, le peculiarità connesse e conseguenti all'autonomia costituzionalmente garantita alla Regione ([sent. n. 184/2016](#), cit.).

«Non si può assumere – si legge in una ormai risalente pronuncia¹⁹ – che mancando nella legge ogni indicazione della così detta “copertura”, cioè dei mezzi per far fronte alla nuova o maggiore spesa, si debba per questo solo fatto presumere che la legge non implichi nessun onere o nessun maggiore onere. La mancanza o l’esistenza di un onere si desume dall’oggetto della legge e dal contenuto di essa»²⁰.

In base a tale criterio, una disposizione che non contenga alcuna quantificazione della spesa derivante dalla sua applicazione va guardata con sospetto, in quanto difficilmente veritiera, se istituisce un nuovo servizio sociale – quale, ad es., il servizio di sociologia del territorio, alla presenza di almeno un operatore sociologo – in ambito regionale²¹.

Lo stesso è a dirsi nell’ipotesi di istituzione di nuove strutture – quali, nello specifico, le “direzioni aziendali delle professioni sanitarie infermieristiche e ostetriche e delle professioni riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione” – la Corte ha ribadito l’imprescindibilità di «uno stretto collegamento tra la legge, la nuova e maggior spesa che essa comporta e la relativa copertura finanziaria, che non può essere ricercata in altre disposizioni, ma deve essere indicata nella legge medesima, al fine di evitare che gli effetti di essa (eventualmente in deroga alle altre disposizioni) possano realizzare stanziamenti privi della corrispondente copertura»²².

Ancora. «È nei principi fondanti della disciplina del bilancio pubblico che in sede previsionale gli assetti dell’equilibrio e della copertura siano ipotizzati in modo statico secondo una stima attendibile delle espressioni numeriche, che sia assicurata la coerenza con i presupposti economici e giuridici della loro quantificazione, e che, inoltre, la successiva gestione e la rendicontazione diano atto – sempre in coerenza con i presupposti economici, giuridici e fattuali – degli effetti delle circostanze sopravvenienti raffrontandoli con il programma iniziale»²³.

Da tali premesse la giurisprudenza costituzionale successiva ha ricavato, quanto alla distribuzione dell’onere probatorio nei giudizi davanti alla Corte stessa, la regola per cui spetta al legislatore provare la copertura finanziaria nel suo complesso, specialmente quando la formulazione della norma comporta una eterogenea rideterminazione delle funzioni o laddove essa si traduca, dietro apparenti forme di riorganizzazione delle strutture esistenti, nella introduzione di nuovi servizi e nuove dotazioni di risorse umane e tecniche²⁴.

¹⁹ [Corte cost. sent. 30 aprile 1959 n. 30.](#)

²⁰ La verifica da compiere ha ad oggetto, in prima battuta, se la legge presa in esame comporti una spesa pubblica e, quindi, se essa sia nuova, ovvero maggiore, rispetto a quella prevista dalla previgente normativa sostanziale: ce lo ricorda [Corte cost., sent. 30 luglio 2012 n. 214](#), rimarcando come l’impegno finanziario assunto dalla legge, e peraltro precluso agli eventuali provvedimenti attuativi, riflette il contenuto stesso della decisione politica.

²¹ [Corte cost., sent. n. 147/2018](#), cit., che sottolinea come, in assenza della quantificazione della spesa, non potrebbe neppure considerarsi adeguato «il rinvio fatto dalla norma censurata alle risorse disponibili per la realizzazione dei piani sociali di zona «nell’ambito della dotazione della Missione 12 (Diritti sociali, politiche sociali e famiglia), Programma 7 (Programmazione e governo della rete dei servizi sociosanitari e sociali), Titolo 1 del Bilancio di previsione finanziario per il triennio 2017-2019». Ciò in quanto, evidentemente, l’ammontare della spesa potrebbe essere superiore a quello delle risorse disponibili». Come ulteriormente specificato da [Corte cost., sent. 27 giugno 2018 n. 138](#), tuttavia di infondatezza della questione sollevata, «una legge che istituisce un nuovo servizio, coprendone la spesa attraverso il prelievo da un fondo di riserva, è un atto che incide sull’articolazione del bilancio, mutandone – sia pure in modo compensativo – le singole componenti».

²² [Corte cost., sent. 1° aprile 2011 n. 106](#). Pone, similmente, l’accento sulla stretta relazione tra la nuova legge e il bilancio di previsione, tale da non poter essere demandata in sede diversa e in un momento successivo a quello indefettibilmente previsto dall’art. 81, comma 4, della Carta, [Corte cost., sent. n. 51/2013](#), cit.

²³ [Corte cost., sent. n. 227/2019](#), cit. «Più che solo un sintomo del difetto di copertura, il mix *promessa politica / dilazione finanziaria* ne è la prima prova empirica»: in questi termini, G. DI PLINIO, *op. cit.*, 4, dopo aver ricordato come l’irrazionalità rappresenti la qualificazione primaria del difetto di copertura. Lo stesso a., rilevato che l’intera struttura della legge nell’occasione impugnata, trasudando irrazionalità, mina le fondamenta della Costituzione finanziaria, rimarca una volta di più l’importanza del teorema dell’endiadi tra copertura delle spese ed equilibrio di bilancio quale imprescindibile test di razionalità e consistenza effettiva delle implicazioni finanziarie di un atto.

²⁴ In tal senso, [Corte cost., sent. 14 aprile 2010 n. 141](#). Sulla stessa linea, con riguardo alla prevista realizzazione di un archivio storico con annesso reclutamento di personale qualificato, [Corte cost., sent. 30 luglio 2012 n. 212](#).

L'idea che le leggi siano sottoposte all'obbligo della copertura per il sol fatto di prevedere un'attività che non può essere effettuata senza spendere²⁵ è stata, tuttavia, vagliata criticamente da una parte della dottrina, incline a contestare la sufficienza ed adeguatezza dell'equazione "norma che possa, anche solo in via ipotetica, determinare nuove spese = obbligo di indicazione dei mezzi per farvi fronte".

Secondo questa prospettazione, «a far scattare l'obbligo della copertura non è la previsione di una attività di qualsiasi tipo quanto piuttosto la previsione della medesima come doverosa»²⁶: in particolare – posta la tripartizione "leggi di spesa / leggi istitutive di automatismi / leggi di conferimento di competenze o di disciplina di attività che non predeterminano l'entità della spesa né direttamente né mediante la previsione di automatismi al suo ammontare" – ne deriva che a radicare l'obbligo di indicazione della copertura finanziaria non sarebbe sufficiente che una legge preveda una spesa essendo necessario che lo faccia in modo tale che l'entità del relativo stanziamento risulti da essa predeterminato o predeterminabile²⁷. Ne consegue, ulteriormente, che la terza delle tipologie di leggi sopra riportate – non ponendo alcun vincolo al bilancio – non "importa" spese per cui non dovrebbe essere sottoposta all'obbligo costituzionale di cui trattasi.

La struttura e la polivalenza di una legge che spazi in un campo vastissimo di funzioni amministrative di competenza dell'ente territoriale senza quantificarne i costi aggiuntivi – è stato chiarito in altra occasione²⁸ – ne determina per l'appunto la non conformità al parametro costituzionale della copertura.

Non solo. La copertura deve essere fornita dalla stessa legge che contiene le norme da coprire: sicché, in mancanza di una qualsiasi quantificazione, anche semplicemente prognostica, resta indefinito il *quantum* della spesa, con quel che ne consegue in termini di declaratoria di incostituzionalità di entrambe le componenti della norma impugnata quali la disposizione sostanziale e la disposizione finanziaria che alla prima fornisce la necessaria copertura²⁹.

²⁵ Cfr. [Corte cost., sentt. 17 dicembre 2013 n. 307](#), [23 gennaio 2014 n. 4](#) e [51/2013](#), cit.

²⁶ Così A. BRANCASI, *Sull'obbligo della copertura finanziaria vengono accantonate certezze consolidate (nota alla sentenza della Corte costituzionale 2014 n. 224)*, in *Le Regioni*, 2015, 443, che aggiunge le seguenti considerazioni: «Ancora, è certamente vero che la spesa da coprire è anche quella prevista dalla legge come ipotetica, ma si tratta di chiarire a cosa la legge in questione collega questa ipoteticità: se infatti essa dipende dal verificarsi di meri fatti giuridici, estranei alla volontà dell'ente, non vi è dubbio che la legge dovrà operare una previsione della spesa e dovrà indicare i mezzi per farvi fronte; viceversa non vi sarà bisogno di alcuna copertura, se la spesa è ipotetica nel senso di dipendere da decisioni che dovranno essere prese, giacché in questo caso saranno tali decisioni a dover essere prese nei limiti di quanto consentito per quel tipo di spesa dal bilancio. Addirittura, perché operi l'obbligo della copertura non è sufficiente che la legge disciplini la spesa in termini di erogazioni finanziarie a favore di privati: si può immaginare la norma che aumenti la retribuzione oraria degli straordinari, la quale richiede la copertura nel caso in cui l'amministrazione sia tenuta a far effettuare non meno di un certa quantità di straordinario, mentre, in mancanza di ciò, essa non è sottoposta all'obbligo della copertura in quanto non comporta un aumento di spesa ma, eventualmente, una riduzione delle ore di straordinario a disposizione dell'amministrazione».

²⁷ In questo senso, A. BRANCASI, *op. ult. cit.*, 446, il quale pone in evidenza che, specificatamente, detta condizione «nel caso delle leggi del primo tipo (le *leggi di spesa*), ricorre implicitamente perché la disposizione da coprire è formulata proprio in termini di spesa complessiva (si parla, al riguardo, di *tetto di spesa*); viceversa, nel caso delle leggi del secondo tipo (le *leggi istitutive di automatismi*), la quantificazione della spesa complessiva manca nella norma da coprire per cui si rende necessario calcolarla ed a ciò deve provvedere la disposizione di copertura. Ciò consente di precisare che la quantificazione della spesa ad opera di una normale legge può avere due diversi significati: nel caso delle *leggi di spesa* si tratta di disposizione di natura sostanziale perché serve a determinare in termini finanziari l'entità di attività da compiere; mentre nel caso delle *leggi istitutive di automatismi* si tratta di una quantificazione strumentale alla copertura».

²⁸ [Corte cost., sent. 25 luglio 2014 n. 224](#), che precisa come la copertura finanziaria avrebbe dovuto essere individuata, sia pure in via presuntiva, in modo analitico con riguardo all'intero riassetto delle funzioni amministrative interessate. Pone ulteriormente l'accento sulla analiticità della quantificazione, [Corte cost., sent. 20 luglio 2016 n. 183](#).

²⁹ Proprio perché l'obbligo costituzionale intende conformare il modo in cui il legislatore deve prendere le decisioni che "importino" spese, non è concepibile una copertura postuma, fornita da altra e successiva legge; così come, a maggior ragione, non è ammissibile demandare la copertura ai successivi bilanci. Ed è proprio questa la soluzione che, per le spese destinate a gravare sugli esercizi successivi, viene seguita dalla legge in questione, poiché contiene un rinvio alle successive leggi finanziarie che, nel contesto di una disposizione di copertura, la si deve intendere relativa, appunto, alla copertura: sul punto, cfr. [Corte cost., sent. n. 224/2014](#), cit.

Parimenti, il requisito della credibilità della copertura fa sì che la generica e non quantificata asserzione di economie inerenti ad una sola delle funzioni interessate dal riordino legislativo risulti inidonea allorché nella posta di bilancio «convivono, in modo promiscuo ed indistinto sotto il profilo della pertinente quantificazione, i finanziamenti di precedenti leggi regionali»³⁰.

Obiettivo dell'obbligo di copertura è, altresì, quello di consentire la verifica dell'influenza complessiva sul bilancio annuale e pluriennale: scopo che viene in rilievo, in particolare, nei casi di disposizioni suscettibili di avere impatto non solo sull'esercizio di competenza ma anche su quelli successivi, il che rende necessario indicare – per ciascun anno e per ogni intervento – in modo preciso ed analitico gli effetti previsti, di carattere positivo e negativo secondo vincoli di destinazione rispettosi del principio dell'unità di bilancio: fermi restando, avverte la Corte, gli effetti delle clausole di salvaguardia che – tese a compensare gli effetti eccedenti le previsioni di spesa – devono garantire la corrispondenza, anche dal punto di vista temporale, tra l'onere e la relativa copertura.

Proseguendo nella rassegna giurisprudenziale, è stato anche affermato – a proposito della utilizzabilità degli avanzi di amministrazione – che soltanto l'approvazione del rendiconto dell'anno precedente all'esercizio finanziario in corso costituisce il presupposto giuridico dell'avanzo di amministrazione che, in quanto previsione ragionevole e prudente, può essere successivamente iscritto a bilancio e utilizzato a fini di copertura esclusivamente nei limiti di quanto effettivamente e stabilmente accertato dalla legge di approvazione del rendiconto stesso, purché quest'ultima non intervenga ad anno inoltrato³¹.

L'art. 17, l. n. 196/2009, cit., impone ad ogni legge che “costa” di indicare la spesa autorizzata, che si intende come limite massimo di spesa, ovvero le previsioni di spesa, definendo una specifica clausola di salvaguardia: clausola che – prevista *ante* l. n. 163/2016 – doveva garantire la corrispondenza, anche dal punto di vista temporale, tra l'onere e la relativa copertura.

Interessanti sono, poi, le puntualizzazioni relative alla natura del principio di copertura, identificato in un precetto sostanziale in forza del quale ogni disposizione comportante conseguenze finanziarie deve essere corredata da un'apposita istruttoria e dalla successiva allegazione degli effetti previsti e della relativa compatibilità con le risorse a disposizione. L'obbligo di supportare le innovazioni legislative con documenti dimostrativi degli effetti economici delle stesse rimanda, essenzialmente, al ruolo della relazione tecnico-finanziaria.

Di quest'ultima la dottrina³² ha messo attentamente in evidenza l'uso polifunzionale cui viene destinata nella prassi e, segnatamente, nell'ambito dei giudizi davanti alla Corte costituzionale: 1) il

³⁰ [Corte cost., sent. 10 maggio 2012 n. 115](#), che parla di principio finanziario immanente all'ordinamento e, pertanto, di diretta applicazione, rimarcando l'obbligo rafforzato di copertura per gli oneri pluriennali, dopo aver ribadito, da un lato, che la pretesa autosufficienza non può essere affermata apoditticamente, esigendo al contrario una adeguata dimostrazione economica e contabile e, dall'altro, che la stima e la copertura in sede preventiva, effettuate in modo credibile e ragionevolmente argomentato secondo le regole dell'esperienza e della pratica contabile, salvaguardano la gestione finanziaria dalle inevitabili sopravvenienze passive che conseguono all'avvio di nuove attività e servizi.

³¹ In questi termini, [Corte cost., sent. 28 marzo 2012 n. 70](#), ove si sottolinea che «nell'ordinamento finanziario delle amministrazioni pubbliche i principi del pareggio e dell'equilibrio tendenziale fissati nell'art. 81, quarto comma, Cost. si realizzano attraverso due regole, una statica e l'altra dinamica: la prima consiste nella parificazione delle previsioni di entrata e spesa; la seconda, fondata sul carattere autorizzatorio del bilancio preventivo, non consente di superare in corso di esercizio gli stanziamenti dallo stesso consentiti. La loro combinazione protegge l'equilibrio tendenziale in corso di esercizio a condizione che le pertinenti risorse correlate siano effettive e congruenti». La decisione è annotata da G. RIVOSECCHI, *Il difetto di copertura di una legge regionale di bilancio: la Corte accelera sul pareggio*, in *Giur. cost.*, 2012, 2335 ss., il quale, rilevata la progressiva e tendenziale assimilazione della legge di bilancio, non più intesa come legge meramente formale, alle altre leggi si chiede, alla luce dei tagli lineari disposti spesso mediante decreto-legge e della fuga verso delegificazioni anomale, quanto spazio resti al Parlamento per lo svolgimento delle funzioni allocative e redistributive che si esprimono nel finanziamento (o nel defianziamento) delle leggi di spesa mediante l'approvazione del bilancio. Sulla possibilità di agire con tagli amministrativi, cfr. G. LO CONTE, *La riforma della contabilità pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 765 ss.

³² S. SCAGLIARINI, *La relazione tecnico-finanziaria delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2016, 1589 ss., il quale si pone anche l'interrogativo circa la natura di norma interposta dell'art. 17, l. n. 196/2009, che la relazione prescrive. Lo stesso a., preso atto che il profilo finanziario della legislazione riveste oggi un'importanza ed una delicatezza assai maggiori che in passato, stante la scarsità di risorse disponibili e la contemporanea introduzione di

controllo sull'adeguatezza della copertura finanziaria, valorizzando in tale prospettiva questa particolare tipologia di canale informativo; 2) l'interpretazione delle disposizioni sottoposte al sindacato della Corte e la ricostruzione della relativa *ratio*, quale elemento determinante ai fini del sindacato sul corretto esercizio delle competenze legislative (nei giudizi in via d'azione) o sul bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti (nei giudizi in via incidentale); 3) l'assunzione, nelle memorie delle parti, quale elemento indiziario dell'illegittimità costituzionale o, al contrario, della conformità alla Carta fondamentale, a seconda della parte che i contenuti della relazione invoca.

Un'analisi delle pronunce della Corte, condotta secondo il parametro rappresentato dall'ultima delle suelencate finalità, mostra come nei casi in cui l'impugnazione sia sorretta da puntuali richiami di ordine economico-finanziario contenuti nei referti contabili, il richiamo a questi possa fungere da *self-restraint* scongiurando la definitiva promulgazione del provvedimento di dubbia costituzionalità³³.

Le ulteriori tappe della giurisprudenza costituzionale meritevoli di menzione sono il riconoscimento all'obbligo della copertura di un rilievo anche nei rapporti tra i vari enti del c.d. settore pubblico allargato e non soltanto nell'ambito del singolo ente³⁴ e, soprattutto, l'estensione all'intero sistema delle autonomie territoriali dei principi inderogabili di coordinamento della finanza pubblica³⁵, suscettibile di generare frizioni tra la norma costituzionale in esame e le leggi regionali che prevedano la concessione di contributi economici a terzi senza quantificare esattamente la misura dell'impegno finanziario richiesto³⁶.

vincoli stringenti sulla spesa, ritiene opportuno dotare la Corte di strumenti utili a compiere approfondimenti in materia sfruttando al massimo il potenziale informativo proprio non solo della relazione tecnica ma anche, ad es., delle note di verifica prodotte dai servizi bilancio delle Camere e dei referti quadrimestrali della Corte dei conti. Sulla stessa lunghezza d'onda, G. DI PLINIO, *op. cit.*, 7 ss., che, nella sua particolare prospettiva di indagine, caldeggia l'utilizzo sistematico e obbligatorio di organismi indipendenti di garanzia della legittimità dell'azione regionale, capaci di fornire al decisore politico opinioni oggettive e scientificamente fondate su un'interpretazione imparziale ed altamente qualificata dei dettami tecnico-contabili.

³³ Ci si riferisce alle vicende definite con le [ordd. della Corte costituzionale 21 giugno 2012, n. 175](#) e [16 luglio 2015, n. 177](#).

³⁴ In tal senso, per la prima volta, [Corte cost., sent. 8 giugno 1981 n. 92](#).

³⁵ [Corte cost., sentt. 25 novembre 2008 n. 386](#) e [n. 70/2012](#), cit., che, affermando in modo stringente e pervasivo il vincolo di bilancio, è stata letta come una pronuncia «di ripristino della legalità costituzionale-finanziaria violata dalla scelta del legislatore regionale di operare quantificazioni non sufficientemente determinate delle diverse spese su partite di bilancio sostanzialmente promiscue, ma costituente anche come diretto riflesso dei rinnovati vincoli europei al governo dei conti pubblici e delle esigenze di risanamento di cui anche il Giudice delle leggi sembra farsi ortodosso interprete» (G. RIVOSACCHI, *op. cit.*, 2343). Conferma che anche il legislatore regionale non può sottrarsi a quella fondamentale esigenza di chiarezza e solidità del bilancio cui l'art. 81 Cost. si ispira e che non fa eccezione nemmeno nei casi in cui alle nuove o maggiori spese possa farsi fronte con somme già iscritte nel bilancio, o perché rientrino in un capitolo che abbia capienza per l'aumento di spesa, o perché possano essere fronteggiate con lo "storno" di fondi risultanti dalle eccedenze degli stanziamenti previsti per altri capitoli, [Corte cost., sent. 21 ottobre 2011 n. 272](#). In dottrina, cfr. G. D'AURIA, *I controlli e la copertura finanziaria delle leggi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 694.

³⁶ [Corte cost., sent. 2 aprile 2014 n. 68](#). *Idem*, in relazione ad ipotesi di incrementi retributivi, [Corte cost., sentt. 26 febbraio 2010 n. 70](#) e [31 ottobre 2007 n. 359](#) nonché, rispetto a contributi destinati alle associazioni combattentistiche, [Corte cost., sent. 9 luglio 2013 n. 181](#). Ad analoghe conclusioni, in merito alla erogazione di un contributo specifico da parte di una regione a statuto speciale, finalizzato al raggiungimento dell'equilibrio finanziario del fondo per l'integrazione del trattamento di quiescenza, di previdenza e di assistenza a favore dei dipendenti dell'amministrazione regionale, che faccia rinvio per la copertura del relativo onere a successivi provvedimenti da assumere con legge finanziaria, è altresì pervenuta [Corte cost., sent. n. 26/2013](#), cit., precisando che l'individuazione dei mezzi di copertura al momento della redazione ed approvazione del bilancio annuale è consentita solo per le spese continuative e ricorrenti (sulla cui distinzione v. le [sentt. 23 dicembre 1994 n. 446](#); [24 gennaio 1991 n. 26](#); [24 marzo 1988 n. 331](#)). Sulla portata, tendenzialmente elusiva dell'imperativo costituzionale, del ricorso al fondo per le spese imprevedute, cfr. [Corte cost., sent. 4 luglio 2014 n. 190](#). Con la sentenza 24 luglio 2015 n. 188, la stessa Corte ha ribadito che quando le scelte allocative delle risorse producono rilevanti effetti innovativi nelle relazioni finanziarie tra enti territoriali e nel consolidato delle loro risultanze non possono limitarsi alla mera indicazione dell'entità finanziaria che non sia accompagnata da una adeguata relazione tecnica.

In definitiva, va preso atto che la Corte si è prodigata in una accurata e dettagliata disamina di molteplici e rilevanti profili squisitamente tecnici che hanno consentito di ricostruire i principi qui esposti: senza pretesa di esaustività, si tratta di questioni che vanno dall'avanzo di amministrazione relativo a fondi vincolati alla utilizzazione di economie realizzate in esercizi precedenti³⁷; dalla osservanza della c.d. *golden rule* al ricorso a strumenti finanziari derivati alla luce della nota informativa allegata al bilancio; dalle voci plurime di spesa alle spese pluriennali³⁸; dal principio di prudenza nella copertura finanziaria dei residui passivi perenti al collegamento vincolato tra partite di entrata e spesa di parte corrente³⁹.

3. *Le plurime interconnessioni con la materia della contabilità pubblica*

³⁷ Nel senso che l'economia di bilancio relativo ad esercizi precedenti, ed in particolare quella di stanziamento, è intrinsecamente incompatibile con il concetto di riprogrammazione, [Corte cost., sent. 17 ottobre 2013 n. 241](#).

³⁸ Sulla difficoltà di calibrare per esercizi oneri e coperture, che incontrano le «leggi che si limitino ad avviare processi, dal cui evolversi nel corso del tempo dipendono i conseguenti effetti finanziari, naturalmente mutevoli», si sofferma C. FORTE, *Le regole di finanza pubblica oggi: uno sguardo d'insieme*, in [Osservatorio AIC.](#), febbraio 2015, 4. Ricorda, al contempo, come la Corte costituzionale abbia sempre escluso che la difficoltà di giungere ad una quantificazione degli oneri possa esonerare il legislatore dall'indicare la copertura finanziaria della legge neppure quando essa introduce automatismi di spesa, S. SCAGLIARINI, *La clausola di copertura finanziaria delle leggi. Problemi chiusi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rass parl.*, n. 1/2007, 116 ss.

³⁹ Su tutti questi aspetti, diffusamente, cfr. D. MORGANTE, *Il principio di copertura finanziaria nella recente giurisprudenza costituzionale*, in [Federalismi.it](#), n. 17/2012. In definitiva, il principio di copertura finanziaria delle leggi è stato declinato dalla Corte costituzionale in una molteplicità di pronunce che costituiscono riferimento essenziale. *Regola iuris* consolidata è il principio della copertura finanziaria “credibile, sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale”: ad essa si ispira un cospicuo numero di pronunce (a quelle citate in precedenza, [adde Corte cost., sent. 19 luglio 2013 n. 221](#), oltre alle decisioni più risalenti maturate nel vigore del vecchio art. 81, a partire dalla [sent. 10 gennaio 1966 n. 1](#)) nelle quali appare crescente l'incidenza dei motivi collegati alla materia finanziaria, anche in relazione ai vincoli legislativi divenuti sempre più restrittivi per effetto degli obblighi imposti dall'appartenenza all'Unione Europea. Aspetti finanziari della normazione di rango costituzionale si rinvergono, peraltro, negli artt. 117, comma 3 (coordinamento della finanza pubblica individuata come materia di legislazione concorrente) e 119 (autonomia finanziaria delle regioni), che costituiscono ulteriori parametri o norme interposte nel giudizio di costituzionalità.

Nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali in materia di contabilità pubblica⁴⁰, la Corte dei conti ha fornito apporti significativi ai temi qui esaminati⁴¹, realizzando una virtuosa sinergia con la Corte costituzionale nella definizione di un sistema giuridico maturo, completo e coerente al suo interno.

Si pensi al caso della più volte evocata relazione tecnica che, a livello regionale, riveste un ruolo essenziale, vuoi nella prospettiva di fornire al Consiglio puntuali elementi informativi necessari ad una più consapevole decisione sui complessivi effetti finanziari, diretti ed indiretti, delle norme da adottare, vuoi al fine di consentire un adeguato esercizio del controllo sulla corretta predisposizione delle modalità tecniche relative alle ricadute finanziarie dell'attività legislativa.

Tali elementi sono finalizzati all'assolvimento della funzione cui sono preordinati i controlli esterni svolti dalla Corte dei conti, tesi per l'appunto a prevenire squilibri di bilancio e a consentire, nel contempo, all'amministrazione ed allo stesso organo assembleare, l'assunzione delle più opportune iniziative autocorrettive⁴².

La stessa Corte costituzionale ha, del resto, evidenziato chiaramente il ruolo di tale competenza, che «risulta funzionale, da un lato, ad ampliare il quadro degli strumenti informativi a disposizione del Consiglio, per consentire la formulazione di meglio calibrate valutazioni politiche del massimo organo rappresentativo della Regione, anche nella prospettiva dell'attivazione di processi di "autocorrezione" nell'esercizio delle funzioni legislative e amministrative ([sent. n. 29 del 1995](#);

⁴⁰È utile ricordare che il controllo preventivo di legittimità verifica la conformità di atti amministrativi rispetto a norme giuridiche: si tratta di una delibazione *ex ante*, che in quanto tale precede l'introduzione dell'atto nell'ordinamento e ne condiziona l'acquisizione dell'efficacia. Ne formano oggetto, in forza dell'art. 3, comma 1, l. n. 20/1994, che sul punto innova rispetto all'art. 16, comma 1, l. n. 400/1988, una serie di atti non aventi forza di legge, fermo restando che le sezioni riunite della Corte dei conti possono stabilire, con deliberazione motivata, che singoli atti di notevole rilievo finanziario, individuati per categorie di amministrazioni statali, siano sottoposti per un periodo determinato al proprio esame (art. 3, comma 3, cit.). Sul piano procedurale, in caso di pronuncia negativa della Corte, il Governo, previa motivata relazione, può deliberare che l'atto debba comunque "avere corso" (art. 25, comma 2, T.U. C. conti; art. 2, comma 2, lett. n, l. n. 400/1988; art. 27, comma 4, l. n. 340/2000) e che sia pertanto ammesso a "visto con riserva". La norma (art. 26, T.U. Corte dei conti) prevede che, ogni quindici giorni, la Corte comunichi direttamente alle Camere l'elenco delle registrazioni eseguite con riserva, accompagnato dalle deliberazioni relative, assicurando così il completarsi del circuito Corte – Governo – Parlamento che caratterizza da sempre il sistema, e che, peraltro, ha acquisito ulteriore colorazione dallo sviluppo dei controlli gestionali con esito referente. Tale esito, espressamente sancito dall'art. 100 Cost. ha acquisito crescente rilievo, sia per le innovazioni apportate dalla predetta L. n. 20/1994 sia per la complessiva crescita dell'attività referente via via ampliata come, ad es., per la copertura finanziaria delle leggi di spesa. Si aggiunga che, in forza dell'art. 27, l. n. 340/2000, solo il ricorso alla Corte Costituzionale per pretesa violazione dell'art. 81 Cost. sospende i termini del procedimento del controllo preventivo. Tale ultima disposizione sembra attestare il *favor* del legislatore per la Corte dei conti quale sede di attivazione dei giudizi davanti al Giudice costituzionale, sede particolarmente qualificata a consentire il disvelarsi di eventuali violazioni degli equilibri di bilancio. Non è un caso se, in ben due pronunce della Corte costituzionale ([sentt. 17 ottobre 1991 n. 384](#) e [29 gennaio 1993 n. 25](#)), è stato di fatto riconosciuto che possibili violazioni dell'art. 81 Cost. potrebbero essere difficilmente conosciute dalla stessa Consulta senza la disponibilità di quel particolare canale rappresentato, nel nostro ordinamento, dalla Corte dei conti.

⁴¹ Nel senso che le "materie di contabilità pubblica" possono oggi correttamente e positivamente individuarsi in un organico corpo normativo, inteso alla tutela della integrità dei bilanci pubblici, dotato di copertura costituzionale e presidiato da un giudice naturale, che è la Corte dei conti nelle sue varie attribuzioni costituzionali, Corte conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, [sent. n. 2 del 2013](#).

⁴² Quanto ai controlli, il comma 9 dell'art. 17 prevede che ogni quattro mesi la Corte dei conti trasmette alle Camere una relazione sulla tipologia delle coperture finanziarie adottate nelle leggi approvate nel periodo considerato e sulle tecniche di quantificazione degli oneri. Nella medesima relazione la Corte dei conti riferisce sulla tipologia delle coperture finanziarie adottate nei decreti legislativi emanati nel periodo considerato e sulla congruenza tra le conseguenze finanziarie di tali decreti legislativi e le norme di copertura recate dalla legge di delega. Analoga la disposizione più di recente introdotta per la legislazione regionale ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.l. 10 ottobre 2012 n. 174, convertito nella l. 7 dicembre 2012 n. 213 esaminata annualmente da parte delle Sezioni regionali della Corte. Il predetto comma è stato, peraltro, successivamente modificato dall'art. 33, d.l. 24 giugno 2014 n. 91 (convertito nella l. 11 agosto 2014 n. 116), nel senso che la relazione sulle leggi regionali di spesa è divenuta un adempimento annuale, anziché semestrale. Ad ogni modo, in forza di tale previsione l'analisi assume ad oggetto l'individuazione degli oneri finanziari sottesi alle singole normative di spesa, la relativa quantificazione e la predisposizione di risorse adeguate a copertura, in conformità al composito quadro normativo di riferimento.

nonché [sent. n. 179 del 2007](#)), e, dall'altro, a prevenire squilibri di bilancio (tra le tante, [sentt. n. 250 del 2013](#) e n. [70 del 2012](#))»⁴³.

Nella medesima prospettiva, la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, con la deliberazione n. 10/2013/INPR⁴⁴, ha evidenziato che la relazione tecnica, oltre ad assolvere una funzione di trasparenza delle decisioni di spesa, rappresenta uno strumento essenziale di coordinamento della finanza pubblica.

Sempre alla Corte dei conti si devono, al contempo, le più rilevanti affermazioni di principio: «appare superfluo ricordare – si legge nel testo di una importante audizione⁴⁵ – che soprattutto alla luce della nuova connessione tra assolvimento ottimale dell'obbligo di copertura e raggiungimento dell'obiettivo dell'equilibrio di bilancio, è di particolare rilievo l'esigenza di una quantificazione degli oneri la più affidabile possibile»⁴⁶.

Nella medesima audizione vengono specificate le modalità applicative dell'obbligo di copertura alla legge di bilancio, che operano diversamente da quanto avviene rispetto alle leggi ordinarie: per il bilancio dello Stato, «la coerenza tra principio dell'equilibrio, definito nei primi due commi del novellato articolo 81 Cost., e obbligo di copertura di cui al terzo comma richiede che l'obbligo di copertura risulti assorbito nell'effettiva attivazione del principio di equilibrio. In altri termini, la legge rinforzata opera un'applicazione sistematica delle nuove disposizioni prescrivendo che il saldo del bilancio dello Stato sia definito in coerenza con il saldo del conto consolidato delle amministrazioni pubbliche indicato nei documenti di programmazione, in tal modo assicurando il conseguimento dell'obiettivo di medio termine ovvero il rispetto del percorso di avvicinamento a tale obiettivo»⁴⁷.

⁴³ [Corte cost., sent. 6 marzo 2014 n. 39](#). In ordine alla valenza della relazione tecnica, [Corte cost., sent. 15 febbraio 2013 n. 26](#) ha riscontrato una violazione del principio di copertura se gli oneri autorizzati con legge vengono stimati in modo apodittico, specie in quanto la loro quantificazione non può prescindere da stime economiche presuntive basate su calcoli matematici e statistici. Dunque, è sempre necessaria “una relazione tecnica giustificativa degli stanziamenti di bilancio ed illustrativa delle modalità dinamiche attraverso le quali qualsiasi sopravvenienza possa essere gestita in ossequio al principio dell'equilibrio del bilancio”.

⁴⁴ Delibera 10 ottobre 2013, recante “Prime linee di orientamento per le relazioni semestrali sulla tipologia delle coperture finanziarie e sulle tecniche di quantificazione degli oneri delle leggi regionali (art. 1, comma 2, del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, in legge 7 dicembre 2012, n. 213)”.

⁴⁵ Ci si riferisce a CORTE DEI CONTI, SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO, “Audizione sulla Proposta di legge A.C. 5603 – “Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione” davanti alla Commissione V Bilancio, Tesoro e programmazione della Camera dei deputati, 4 dicembre 2012, N. 30/AUD/12, in [www.corteconti.it](#).

⁴⁶ Analoga l'impostazione della quasi coeva [Corte cost., n. 39/2014](#), cit.: «Il rispetto dei vincoli europei discende direttamente, oltre che dai principi di coordinamento della finanza pubblica, dall'art. 117, primo comma, Cost. e dall'art. 2, comma 1, della l. cost. 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale, che, nel comma premesso all'art. 97 Cost., richiama il complesso delle pubbliche amministrazioni, ad assicurare in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico ([sent. n. 60 del 2013](#)). Da ciò consegue la differenza tra i controlli di regolarità e legittimità contabile, attribuiti alla Corte dei conti al fine di prevenire squilibri di bilancio, e i controlli istituiti dalle autonomie speciali sulla contabilità degli enti insistenti sul loro territorio e, più in generale, sulla finanza pubblica di interesse regionale. Mentre questi ultimi sono resi nell'interesse della Regione stessa e delle Province autonome, quelli affidati alla Corte dei conti sono strumentali al rispetto degli obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti dell'Unione europea in ordine alle politiche di bilancio. In questa prospettiva, funzionale ai principi di coordinamento e di armonizzazione dei conti pubblici, essi possono essere accompagnati anche da misure atte a prevenire pratiche contrarie ai principi della previa copertura e dell'equilibrio di bilancio ([sentt. n. 266](#) e [n. 60 del 2013](#)), che ben si giustificano in ragione dei caratteri di neutralità e indipendenza del controllo di legittimità della Corte dei conti ([sent. n. 226 del 1976](#)). Detti controlli si risolvono in un esito alternativo, nel senso che devono decidere se i bilanci preventivi e successivi degli enti territoriali siano o meno rispettosi del patto di stabilità e del principio di equilibrio ([sentt. nn. 60 del 2013](#) e [179 del 2007](#)). Cionondimeno, essi non impingono nella discrezionalità propria della particolare autonomia di cui sono dotati gli enti territoriali destinatari, ma sono mirati unicamente a garantire la sana gestione finanziaria, prevenendo o contrastando pratiche non conformi ai richiamati principi costituzionali».

⁴⁷ A supporto di tali conclusioni si premettono chiare argomentazioni di carattere esplicativo: «In argomento vale la pena di approfondire l'interpretazione che appare plausibile del combinato disposto tra primo e terzo comma del nuovo art. 81 Cost. in riferimento alla legge di bilancio e alle modalità del relativo assoggettamento all'obbligo di copertura finanziaria. Non appare inutile infatti sottolineare la necessità di intendere che la legge di bilancio - inclusiva sia della

Gli effetti meritori dell'impegno profuso congiuntamente dai due organismi sono plasticamente ravvisabili in un altrettanto significativo parere reso dalla stessa Corte dei conti in tema di verifiche. Per coglierne meglio tutte le implicazioni sistematiche, è utile la lettura del brano centrale: «La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio è, comunque, un'operazione complessa, per il successo della quale è necessario il concorso di una molteplicità di adempimenti, mentre un punto nodale per l'effettiva realizzazione del principio dell'equilibrio dei conti pubblici e del pareggio del bilancio statale è costituito da un efficiente sistema di verifica e controllo sia nella fase formativa sia in quella consuntiva. Al riguardo, si pone in primo luogo l'esigenza della "verifica" delle eventuali violazioni dell'art. 81. Tale principio, come è noto, ha subito, soprattutto in relazione alle regole dell'Unione europea, un'evoluzione che ha condotto al suo riferimento non soltanto, come in passato, ai soli effetti nei riguardi del saldo netto da finanziare di competenza, ma anche a quelli sul fabbisogno e sull'indebitamento netto della P.A. A fronte di queste nuove sfide, che impattano sulle tecniche di copertura finanziaria delle leggi se non appare dubbio che la Corte costituzionale, quale giudice delle leggi, debba continuare a conoscere delle questioni relative alle eventuali violazioni delle statuizioni dell'art. 81, viene anche ad approfondirsi il ruolo anche di giudice remittente della Corte dei conti»⁴⁸.

Un ruolo assai prezioso svolgono, nondimeno, le già menzionate relazioni periodiche della stessa Corte dei conti, redatte ai sensi dell'art. 17, comma 9, l. n. 196/2009, sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri attraverso l'esame delle leggi pubblicate nel corso di ogni quadrimestre.

Solo per citare qualche esempio, è stato di recente rilevato come le clausole di neutralità non siano sempre corredate da conformi ed esplicite indicazioni nelle apposite relazioni tecniche le quali ultime si rilevano, a loro volta, non di rado sornite dei necessari requisiti di dettaglio e completezza contenutistica, per ragioni note all'organo contabile e che, perpetuando un fenomeno patologico, lasciano permanere elementi di incertezza circa gli effettivi contorni finanziari della decisione legislativa adottata: in proposito, non si è mancato di rilevare che «probabilmente, le cause sono molteplici, come è stato osservato nel passato, e vanno dalla scarsa collaborazione da parte delle amministrazioni interessate ai tempi estremamente brevi in cui sovente matura la decisione legislativa, specialmente in riferimento all'approvazione di emendamenti, in ordine ai quali le amministrazioni competenti spesso si trovano in condizioni non idonee per una ponderata valutazione dei corrispondenti effetti»⁴⁹.

componente a legislazione vigente che delle relative variazioni - debba essere depurata degli effetti del ciclo economico richiamati al primo comma dell'art. 81 Cost. e che essa, al netto di tali effetti, possa presentare un saldo netto da finanziare diverso da zero o da una cifra positiva, in corrispondenza dell'obiettivo di medio termine assegnato (ad esempio, in una fase di rientro o successivamente ad un notevole sforzo fiscale). Ne risulta pertanto, per la legge di bilancio integrata, un regime di copertura necessariamente diverso da quello ordinario».

⁴⁸ CORTE DEI CONTI, SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO, *Elementi per l'audizione in materia di introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale Commissioni riunite I - Affari costituzionali e V - Bilancio, Tesoro e Programmazione*, 26 ottobre 2011, in www.corteconti.it. Ad una logica analoga si ispira, per i profili che qui interessano, anche l'impostazione complessiva del d.l. 174/2012 nei raccordi con il pareggio in bilancio.

⁴⁹ CORTE DEI CONTI, SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO, delibera n. 4/SSRRCO/RQ/19 del 29 marzo 2019, di cui appaiono emblematici taluni passaggi cruciali: «Occorre considerare preliminarmente che la nuova legge di contabilità ha previsto, nel caso di ricorso alle clausole di neutralità, l'obbligo di indicare l'entità delle risorse in essere, anche tenendo conto delle facoltà in termini di riprogrammazione, e le unità gestionali di bilancio interessate, escludendo peraltro, la previsione di tali clausole nel caso di spese di natura obbligatoria. Nonostante tali stringenti vincoli, si registra la persistenza, anche nel periodo considerato, di una legislazione corredata di clausole di invarianza prive delle citate indicazioni nelle relative relazioni tecniche. I temi prima affrontati delle clausole di neutralità e delle coperture direttamente riferite a stanziamenti di bilancio richiamano quello dell'accuratezza delle relazioni tecniche. Al riguardo, pur nell'ambito di un graduale miglioramento medio della qualità e della tempestività di tali Relazioni, si continua a verificare il fenomeno di Relazioni che non sempre consentono una ricostruzione delle quantificazioni degli oneri riportati, limitandosi, esse, il più delle volte a fornire elementi di sintesi ovvero insufficienti ai fini della piena comprensione del percorso che ha portato alla quantificazione dell'onere stimato. Allo stesso tempo, alla luce della nuova configurazione del meccanismo delle clausole di salvaguardia, così come novellato nel 2016, ne deriva che possibili sottostime degli oneri, di rado verificabili *ex ante* in assenza di Relazioni tecniche esaustive, potrebbero dunque rappresentare la premessa di evoluzioni negative delle grandezze di finanza pubblica, soprattutto in riferimento a

Similmente, in altra occasione è stato affrontato il problema del riferimento della copertura finanziaria alle singole norme ovvero alla legge nel suo complesso, al cospetto di leggi che presentavano la particolarità di una clausola di copertura che prevede un onere globale e che demanda all'attività amministrativa l'assegnazione dell'ammontare complessivo delle risorse alle singole linee di spesa corrispondenti alle varie disposizioni. Simili soluzioni, ammonisce la Corte, non possono essere assentite, poiché «è con la singola norma primaria che va individuata la quantità di risorse da assegnare ad ogni intervento, anche se, pur con qualche difficoltà, si può ammettere che la copertura possa essere complessivamente riferita alla somma dei singoli oneri. Tale linea di interpretazione non solo nasce dall'esigenza di assicurare un equilibrato rapporto tra Legislativo ed Esecutivo in linea con l'assetto della nostra Carta costituzionale, ma è anche supportato da una conseguente e costante giurisprudenza costituzionale, la quale richiede che l'obbligo di copertura vada assolto con "puntualità rigorosa" e, quindi è da ritenere, con riferimento a ciascuna disposizione. In conformità con tali assunti la legge di contabilità pone l'obbligo di copertura (e quindi di quantificazione) in riferimento ad "ogni intervento" previsto dalla legge: ciò è da ricondurre all'essenza dell'obbligo di copertura, ossia alla contrapposizione tra il beneficio dell'onere ed il sacrificio di cui alla copertura»⁵⁰.

La qualità del contributo fornito alla causa dalla Corte dei conti ci consente, in conclusione, di trarre ulteriori conferme dello stesso legame sussistente tra contabilità e finanza pubblica, tale per cui l'elemento contabile non ha più valore in se stesso come mera regola formale ma si riveste di una intensa pregnanza sostanziale dal punto di vista degli equilibri di bilancio⁵¹.

Il fondamento giuridico della copertura finanziaria si coglie appieno, in ultima analisi, solo valorizzando tutte le possibili sinergie istituzionali che, orientate a presidio dei valori protetti dal sistema della contabilità pubblica, concorrono ad arricchirne la dimensione contribuendo alla edificazione di un moderno e maturo diritto della finanza pubblica, interessato da discipline poste a vari livelli ordinamentali e caratterizzato da molteplici interdipendenze decisionali e finanziarie fra i vari livelli di governo.

provvedimenti di manovra ovvero comunque di grande rilevanza quantitativa. L'esito di tutto ciò, in caso di un quadro poco sostenibile circa gli elementi alla base della stima degli oneri, può tradursi nella creazione di condizioni favorevoli per il verificarsi di fenomeni gestionali - come, ad esempio, i debiti fuori bilancio - contrastanti con i principi di bilancio».

⁵⁰ CORTE DEI CONTI, SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO, delibera n. 16/SSRRCO/RQ/18 del 15 ottobre 2018, la quale si sofferma, altresì, sul divieto di copertura di oneri regionali con fondi statali a destinazione vincolata, peraltro riaffermato recentemente dalla [sentenza n. 172/2018 della Corte costituzionale](#).

⁵¹ Sul punto, cfr. C. CHIAPPINELLI, *Tavola rotonda sul tema "cointestazione delle funzioni e sinergie professionali nell'esperienza della magistratura contabile*, in AA.VV., *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Milano, 2019, 421 ss., il quale, ravvisando un elemento di forza nella nuova portata della contabilità pubblica, capace di travalicare i confini tradizionali dell'art. 103 Cost., ne ricava la certezza che «il ruolo del giudice contabile, sulla scia del magistero della Corte costituzionale, possa portarci a compiere qualche passo avanti».

Costanza Masciotta

La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. L'ampio *petitum* dell'ordinanza di rimessione. – 3. L'[ordinanza n. 207/2018](#) di incostituzionalità accertata ma non ancora dichiarata. – 4. La [sentenza n. 242/2019](#) è la coerente prosecuzione logica dell'[ordinanza n. 207/2018](#). – 5. Pregi e difetti della [sentenza n. 242/2019](#). – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il giorno è arrivato: la Corte costituzionale con la [sentenza n. 242/2019](#)¹ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di coloro che con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica*, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione – agevolino l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Come in altra sede preconizzato², il legislatore non è intervenuto entro il termine assegnato (i.e. 24 settembre 2019) e la Corte costituzionale ha sanzionato tale inerzia con una sentenza additiva del tutto prevedibile, anzi, “preannunciata”³.

La decisione in commento rappresenta, infatti, la naturale prosecuzione dell'iter logico-argomentativo sotteso all'[ordinanza n. 207/2018](#): in quella sede la Corte aveva riconosciuto a chiare lettere un vulnus costituzionale discendente dalla disposizione impugnata, là dove non esclude la punibilità di coloro che prestino aiuto a una persona affetta da patologia irreversibile e da sofferenze fisiche o psichiche intollerabili secondo la propria percezione soggettiva, tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e capace di autodeterminarsi e esprimere il proprio consenso in modo libero e informato. In uno «spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»⁴ la Corte

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Tra i primi commenti alla sentenza cfr. A. RUGGERI, *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](#), 2019; R. BIN, “Tanto tuonò che piovve”. Pubblicata finalmente la sentenza sull'aiuto al suicidio (“caso Cappato”), in [laCostituzione.info](#), 22.12.2019; P. VERONESI, “Ogni promessa è debito”: la sentenza costituzionale sul caso Cappato, in [Giustizia Insieme](#), 2019; C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in [Giur.it](#), n. 2/2019; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in [Sistema penale](#), n. 12/2019; F. GIUNTA, *L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in [Discrimen](#), 25.11.2019; S. CORBETTA, *Caso “Dj Fabo”: le motivazioni della sentenza della Corte costituzionale*, in [Quotidiano giuridico](#), 25.11.2019; M. B. MAGRO, *Fine vita: la Consulta indica quando non è punibile l'aiuto al suicidio*, [ivi](#).

² Sia consentito un rinvio a C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), n. 6/2019.

³ Come evidenzia R. BIN, “Tanto tuonò che piovve”, cit., 1, «nella sentenza odierna non c'è molto di più di quanto la Corte scriveva nell'ordinanza di un anno fa».

⁴ Cfr. [Corte cost. ord. n. 207/2018](#), punto 11 del diritto. I commenti alla ordinanza sono stati molto numerosi, si ricordano *ex multis*, M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 1.12.2018; 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 e ss.; ID., *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, [ivi](#), 568 e ss.; ID., *Frantendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche*

costituzionale aveva in quella sede rinviato la discussione a nuova udienza, con perdurante sospensione del giudizio a quo, per dare al Parlamento un tempo contingentato per intervenire, dettando dei veri e propri “criteri direttivi” per il futuro intervento normativo.

2. *L'ampio petitum dell'ordinanza di rimessione*

La Corte d'assise di Milano aveva sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 580 del codice penale poiché, secondo il diritto vivente, esso incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio⁵.

La disposizione sarebbe incompatibile con la libertà della persona di autodeterminarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza, discendente dagli artt. 2 e 13, primo comma, Cost. e dagli artt. 2 e 8 Cedu. Sarebbe, quindi, illegittimo punire delle condotte di agevolazione dell'altrui suicidio che costituiscano mera attuazione di quanto autonomamente deciso da chi esercita tale libertà, senza influire in alcun modo sul percorso psichico del soggetto passivo, trattandosi di condotte non lesive del bene giuridico tutelato.

In secondo luogo, per il giudice rimettente la norma censurata prevede una indiscriminata equiparazione del trattamento sanzionatorio per le condotte di istigazione al suicidio, considerate più gravi, e per quelle di aiuto alla realizzazione dell'altrui autonoma determinazione di porre fine alla propria esistenza, con conseguente lesione anche del principio di proporzionalità della pena rispetto all'offensività del fatto illecito.

Il presupposto fondamentale dal quale muove il giudice a quo è, quindi, l'esistenza di un diritto di decidere di porre fine alla propria vita come espressione della libertà di autodeterminazione individuale a prescindere dalle proprie condizioni di salute.

La ricostruzione particolarmente ampia del *petitum* non viene, tuttavia, accolta dal giudice costituzionale fin dall'[ordinanza n. 207/2018](#) nella quale si riconosce a chiare lettere che il divieto di agevolazione dell'altrui suicidio non è di per sé contrario a Costituzione. Tale divieto persegue

decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018), ivi, [2019/1](#), 92 e ss.; F. VIGANÒ, *The Italian Constitutional Court on assisted suicide*, in [Criminal Justice Network](#), 27.11.2018; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”*, cit.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 19.11.2018; A. PUGIOTTO, *L'altra quaestio del “caso Cappato”*: la pena draconiana dell'art. 580 c.p., in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 4.06.2019; F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 05.06.2019; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in [BioLaw Journal](#), n. 3/2018; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3.12.2018; U. ADAMO, *La Corte è “attendista” ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» (ord. n. 207/2018)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 23.11.2018; 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*, ivi, 14.12.2018; C. PANZERA, *L'ordinanza “una e trina”*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 7.06.2019; G. Sorrenti, *Intervento al Seminario 2019 di “Quaderni costituzionali”*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 08.06.2019; 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 giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2019, 644 e ss.

⁵ Sulla questione di legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio prima dell'intervento del giudice costituzionale cfr. 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 [Corr. giur.](#), 2018, 737 e ss.; ID., *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), 14.11.2017; I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio, dal codice Rocco alla Carta costituzionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [Giurisprudenza penale web](#), 17.09.2018 e 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](#), n. 3/2018, 139 e ss.; 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](#), 20.03.2018.

una finalità ancora pienamente attuale: proteggere il soggetto debole e vulnerabile da decisioni in proprio danno, creandogli intorno una «cintura protettiva»⁶ che impedisca a terzi di cooperare con lui per porre fine alla sua esistenza. La Corte esclude che dal diritto alla vita, implicitamente tutelato dall'art. 2 Cost. ed esplicitamente garantito dall'art. 8 CEDU, o da un «generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita» possa discendere il diritto di rinunciare a vivere e, quindi, una generalizzata libertà di scegliere quando e come porre fine alla propria esistenza.

La fattispecie incriminatrice dell'aiuto al suicidio conserva la propria ragion d'essere proprio nella tutela delle persone più vulnerabili, quindi, nell'esigenza di garantire il principio di eguaglianza sostanziale e il pieno sviluppo della persona umana: «è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana»⁷.

Fin dall'[ordinanza n. 207/2018](#) la Corte costituzionale rigetta, quindi, la tesi del rimettente della generale inoffensività dell'aiuto al suicidio e corrobora la propria argomentazione facendo leva sulla giurisprudenza convenzionale. La Corte EDU ha, in effetti, escluso fin dal caso *Pretty c. Regno Unito* che dal diritto alla vita ex art. 2 CEDU possa derivare un vero e proprio “diritto a morire”. Rispetto al diverso parametro dell'art. 8 CEDU, i giudici di Strasburgo, pur avendo affermato che il diritto della persona di decidere «come e in quale momento debba aver fine la propria vita»⁸ è suscettibile di rientrare nell'ambito del rispetto della “vita privata” hanno, tuttavia, riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento nella previsione di misure limitative volte a tutelare le persone deboli e vulnerabili, misure tra le quali - secondo la Corte costituzionale - rientra a buon diritto anche l'art. 580 c.p.

3. *L'[ordinanza n. 207/2018](#) di incostituzionalità accertata ma non ancora dichiarata*

L'[ordinanza n. 207/2018](#) ha rappresentato un unicum nel panorama decisorio del Giudice delle Leggi, a metà strada tra una decisione meramente processuale e una vera e propria sentenza che entra analiticamente nel merito della questione di legittimità costituzionale.

Si è trattato di un'ordinanza a “vocazione bifronte”⁹, poiché dal punto di vista processuale ha disposto il rinvio della discussione ad una nuova udienza, a distanza di undici mesi, con perdurante sospensione del giudizio a quo; contestualmente, però, ha analizzato dettagliatamente il merito della questione, assumendo i connotati di una decisione di “incostituzionalità accertata ma non ancora dichiarata”.

Pur essendo legittima la finalità perseguita dal generale divieto di aiuto al suicidio, la Corte segnala l'esistenza di situazioni «inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali»¹⁰.

Nell'[ordinanza n. 207/2018](#) la Consulta ha, così, individuato una specifica categoria di soggetti in riferimento ai quali la condotta di aiuto al suicidio è priva di offensività: il soggetto agevolato deve essere affetto da una patologia irreversibile, da sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili secondo la propria percezione soggettiva, deve essere tenuto in vita da trattamenti sanitari di

⁶ [Corte cost. ord. n. 207/2018](#), punto 4 del diritto.

⁷ Cfr. *ivi*, punto 6 del diritto.

⁸ Cfr. *ivi*, punto 7 del diritto.

⁹ Cfr. sul punto C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 4. Parla di «ibrido» anche A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale cit.](#), 571.

¹⁰ [Corte cost. ord. n. 207/2018](#), punto 8 del diritto.

sostegno vitale e capace di decidere in modo libero e consapevole sulla propria salute, ma impossibilitato a porre fine alla propria esistenza autonomamente.

La Corte adotta un'interpretazione evolutiva dell'art. 32 Cost.: «in tali casi, l'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 e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.»¹¹.

In forza della legge n. 219/2017 un malato che versi in simili circostanze potrebbe decidere di lasciarsi morire, richiedendo l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e la sottoposizione alla sedazione profonda continua o a cure palliative, ma non potrebbe richiedere al medico trattamenti diretti a determinarne la morte rapida, costringendolo ad un «processo più lento e carico di sofferenze per le persone che gli sono care»¹². Nella fattispecie oggetto del giudizio principale Fabiano Antoniani aveva, infatti, richiesto l'assistenza al suicidio, scartando la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda proprio perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida: la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni, «modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo»¹³. Lo stato di incoscienza totale e definitivo indotto dalla sedazione profonda continua fino al decesso può «essere vissuto da taluni come una soluzione non accettabile»¹⁴.

Questo vuoto di tutela è considerato irragionevole nei termini di un'incoerenza extra legem dai giudici della Consulta per un duplice profilo: se il paziente che versi in simili circostanze può sacrificare il valore della vita chiedendo di interrompere trattamenti di sostegno vitale mediante una condotta attiva da parte del medico, è irragionevole impedire a quello stesso soggetto di ottenere un aiuto da parte di terzi a morire in modo rapido e dignitoso, senza dover attendere il decorso più lento dell'interruzione delle terapie vitali.

È del pari irragionevole ritenere che il soggetto mantenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale sia in grado di decidere autonomamente di interrompere la terapia e, quindi, di lasciarsi morire, ma non sia altrettanto capace di decidere autonomamente di morire con l'aiuto di altri.

Con l'[ordinanza n. 207/2018](#) la Corte ha, quindi, espressamente riconosciuto che il divieto assoluto di aiuto al suicidio nelle specifiche ipotesi del malato irreversibile, colpito da sofferenze intollerabili, è affetto da irragionevolezza e non necessarietà, poiché limita in modo ingiustificato «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze [...], imponendogli un'unica modalità per congedarsi dalla vita»¹⁵ e non essendo tale limitazione preordinata alla tutela di altri interessi costituzionali.

Come in altra sede rilevato¹⁶ tra i profili di maggior innovatività dell'[ordinanza n. 207/2018](#) vi è l'individuazione di una nuova posizione giuridica soggettiva, “il diritto a morire rapidamente e con dignità” mediante la somministrazione di un farmaco letale: un diritto soggettivo positivo a una prestazione a titolarità limitata, circoscritta alla categoria di malati individuati dalla Corte (i.e. i soggetti affetti da patologia irreversibile, da sofferenze intollerabili, dotati di autonoma capacità decisionale, tenuti in vita da trattamenti di sostegno vitale), e rientrante nell'art. 32 Cost. come espressione della libera autodeterminazione rispetto al trattamento sanitario.

La Corte costituzionale compie, così, un passo ulteriore, “pionieristico” nella propria giurisprudenza sull'art. 32 Cost.: qualifica come “sanitario” anche l'intervento medico idoneo a provocare la morte rapida del malato irreversibile poiché diretto a liberarlo da intollerabili sofferenze fisiche o psichiche.

¹¹ Cfr. *ivi*, punto 8 del diritto.

¹² [Corte cost. sent. n. 242/2019](#), punto 2.3 del diritto.

¹³ [Corte cost. ord. n. 207/2018](#), punto 9 del diritto.

¹⁴ [Corte cost. sent. n. 242/2019](#), punto 2.3 del diritto.

¹⁵ [Corte cost. ord. n. 207/2018](#), punto 9 del diritto.

¹⁶ Cfr. C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”*, cit., 9.

Il mancato riconoscimento di tale diritto costituisce un vulnus costituzionale “accertato” nell’[ordinanza n. 207/2018](#) e “sanzionato” con la [sentenza n. 242/2019](#).

Nell’[ordinanza n. 207](#), infatti, la Corte ha ritenuto «allo stato»¹⁷ di non poter rimediare con un intervento ablativo tout court a causa del vuoto di disciplina che ne sarebbe scaturito, con conseguente lesione di altrettanti valori costituzionali e rischio di abusi «in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale»¹⁸.

Un secondo elemento di innovatività della ordinanza consta nell’indicazione dettagliata, punto per punto, dei profili che il Parlamento dovrà disciplinare entro il termine assegnato: a) la qualità del soggetto agevolatore che, dalle parole della Corte, sembra dover essere un professionista sanitario; b) le modalità di verifica medica ex ante della capacità decisionale del malato, di un consenso libero e informato e di una malattia irreversibile; c) la disciplina del processo medicalizzato; d) l’eventuale riserva del trattamento al sistema sanitario nazionale; e) il previo coinvolgimento del paziente nelle cure palliative come pre-requisito indispensabile per ogni ulteriore scelta; f) l’eventuale disciplina della obiezione di coscienza degli operatori sanitari; g) l’introduzione di una disciplina ad hoc per le vicende pregresse.

Stretta fra due fuochi, il vulnus costituzionale e la mancanza di “rime obbligate”, la Corte decide di fare leva «sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»¹⁹ per giustificare una tecnica decisoria del tutto nuova: il rinvio del giudizio ad un’altra udienza di discussione, con perdurante sospensione del giudizio a quo, per dare al Parlamento il tempo di intervenire, «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»²⁰, dettando, però, dei precisi criteri direttivi²¹ sull’oggetto del futuro intervento, sul termine entro il quale provvedere e sulla sede migliore per regolare la materia.

La via della declaratoria di inammissibilità con monito al legislatore non è ritenuta percorribile nel caso di specie a causa dei fondamentali valori in gioco: tale tecnica decisoria avrebbe lasciato in vita «- e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo non preventivabile - la normativa non conforme a Costituzione»²².

Con l’[ordinanza n. 207/2018](#) la Corte costituzionale ha, così, “escogitato” la tecnica del rinvio che risponde a due esigenze fondamentali: quella concreta di evitare l’applicazione medio tempore della norma censurata da parte del giudice a quo, nonché l’esigenza sistemica di dare al Parlamento il tempo di intervenire, mettendolo contestualmente “in mora” e consentendo a se stessa di tornare a esprimersi in data certa, senza dover attendere un’ulteriore ordinanza di rimessione.

La nuova tecnica decisoria non è, tuttavia, immune da criticità²³: in primis, il rischio di violare il principio di ragionevole durata del processo penale e, quindi, il pericolo di una “ritardata giustizia” in danno di Cappato e di chi come lui sia imputato in casi omologhi, avendo tutti un fondamentale interesse a ottenere un’assoluzione piena in tempi ragionevoli. In secondo luogo, accertando l’illegittimità della disposizione ma non dichiarandola con sentenza di accoglimento, la Corte lascia nell’ordinamento una disposizione che potrà essere applicata da tutti i giudici diversi dal rimettente, di fatto esponendo gli imputati nei casi omologhi a Cappato al rischio di «ulteriori applicazioni» della normativa incostituzionale.

¹⁷ [Corte cost. ord. n. 207/2018](#), punto 10 del diritto.

¹⁸ Cfr. *ivi*, punto 10 del diritto.

¹⁹ Cfr. *ivi*, punto 11 del diritto.

²⁰ Cfr. *ivi*, punto 11 del diritto.

²¹ Tanto che in dottrina si è parlato di «ordinanza-delega», cfr. C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all’istante con l’aiuto d’altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull’ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, 2476 e ss.

²² [Corte cost., n. 242/2019](#), punto 2.5 del diritto.

²³ Tale tecnica decisoria viene, invece, vista con favore da M. D’AMICO, *Il caso Cappato e le logiche del processo costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 24.06.2019, che ne auspica ulteriori utilizzi. Interessanti anche le considerazioni al riguardo espresse da G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di “Quaderni costituzionali”*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 8.06.2019. Critiche rispetto a tale tecnica sono, invece, espresse da E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa” nell’ordinanza n. 207/2018*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2019, 532 e ss. e A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 27.05.2019.

In terzo luogo, accostando il rinvio a dei veri e propri criteri direttivi, la decisione rischia di creare una netta contrapposizione tra controllore e controllato. Dinanzi ai vincoli posti dalla Corte nell'an e nel quomodo della discrezionalità legislativa c'è da chiedersi cosa sarebbe accaduto se, nel tempo assegnato, le Camere avessero approvato una disciplina incompatibile con gli indirizzi fissati dalla Consulta.

L'impiego stabile di questa tecnica decisoria che associa al rinvio della discussione l'individuazione di vincoli sostanziali ben precisi per il legislatore può aprire la via a un "cortocircuito" istituzionale non certo auspicabile.

4. La [sentenza n. 242/2019](#) è la coerente prosecuzione logica dell'[ordinanza n. 207/2018](#)

Con la [sentenza n. 242/2019](#) la Corte prende atto del mancato intervento del legislatore nel termine assegnato, «né, d'altra parte, l'intervento del legislatore risulta imminente»²⁴ e porta, quindi, a coerente compimento quanto affermato nell'[ordinanza n. 207](#): «questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il vulnus costituzionale già riscontrato con l'[ordinanza n. 207 del 2018](#)»²⁵.

Il fatto che dalla decisione di accoglimento derivi la necessità di regolare una pluralità di opzioni rientranti nella discrezionalità del legislatore non impedisce alla Corte di entrare nel merito della questione: «decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità»²⁶.

La Corte ricorda quanto in precedenza affermato nel caso della eterologa ossia che dinanzi a un vulnus insanabile il giudice costituzionale è tenuto a porvi rimedio e ciò vale ancor più per la materia penale che incide su diritti fondamentali.

La carenza delle rime obbligate²⁷ e l'*horror vacui* non possono impedire alla Corte di intervenire a tutela della legalità costituzionale e, laddove i vuoti normativi possano pregiudicare, come nel caso di specie, diritti fondamentali «questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»²⁸.

La Corte avverte la necessità di supplire ai vuoti normativi discendenti dalla declaratoria di incostituzionalità e fa proprio il criterio dell'interpretazione analogica per individuare le regole applicabili alla fattispecie: regole che sono costituzionalmente necessarie nell'an ma non costituzionalmente vincolate nel contenuto.

A sostegno di questa operazione la Corte ricorda i propri interventi in materia di aborto e procreazione assistita²⁹ nei quali ha subordinato la non punibilità delle fattispecie al rispetto di specifiche cautele, volte ad assicurare un controllo preventivo sulla esistenza effettiva delle condizioni che rendono lecita la condotta, in attesa dell'intervento del legislatore, onde evitare abusi verso le persone più vulnerabili.

La risposta del Giudice delle Leggi all'immobilismo dell'organo politico è stata, come preconizzato³⁰, una decisione "additiva di procedura", volta ad arginare il vuoto di tutela riscontrato

²⁴ Cfr. [Corte cost. n. 242/2019](#), punto 3 del diritto.

²⁵ Cfr. *ivi*, punto 4 del diritto.

²⁶ Cfr. *ivi*, punto 4 del diritto.

²⁷ Sottolinea P. VERONESI, "Ogni promessa è debito", cit., § 5, come con la [sentenza n. 242/2019](#) «la Corte recita quindi l'ennesimo *de profundis* della c.d. teoria delle rime obbligate in materia penale».

²⁸ Cfr. [Corte cost. n. 242/2019](#), punto 4 del diritto.

²⁹ Cfr. rispettivamente [Corte cost. nn. 27/1975](#), [96](#) e [229/2015](#).

³⁰ Come affermato in C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 15 «Nell'ordinanza in commento, tuttavia, la Corte costituzionale afferma senza mezzi termini che un *vulnus* costituzionale esiste e rinvia solo temporaneamente il proprio intervento a gamba

mediante il riconoscimento di una nuova posizione giuridica soggettiva, il “diritto a morire rapidamente e con dignità”, la cui titolarità è circoscritta dalla Corte a quella peculiare categoria di soggetti delineata nell’[ordinanza n. 207/2018](#), con la fissazione delle specifiche condizioni per il suo esercizio.

Dinanzi all’inerzia del Parlamento la via di un’additiva volta ad introdurre una causa di non punibilità collegata al rispetto di particolari garanzie era l’unica soluzione realmente percorribile: ogni altra conclusione avrebbe finito per peccare di incoerenza rispetto alle motivazioni addotte nell’[ordinanza n. 207/2018](#).

Come più volte affermato dal giudice costituzionale, la [sentenza n. 242/2019](#) è la naturale prosecuzione della ordinanza del 2018: le situazioni in riferimento alle quali la repressione dell’aiuto al suicidio confligge con i precetti costituzionali sono quelle «già puntualmente individuate nell’[ordinanza n. 207 del 2018](#)»³¹, quindi, l’agevolazione del proposito suicidiario non è punibile quando si riferisce alla persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psichiche che ella trova intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Con la decisione in commento la Corte costituzionale ha, quindi, dato concretezza ai criteri direttivi enunciati nell’[ordinanza n. 207](#) e ha perimetrato il confine di liceità delle condotte di aiuto, indicando la disciplina applicabile³² e fissando le opportune garanzie procedurali e i limiti all’esercizio del “diritto a morire rapidamente e con dignità”.

Le regole applicabili sono ricavate dagli artt. 1 e 2, legge n. 219/2017, «preciso punto di riferimento già presente nel sistema»³³, giacché la declaratoria di incostituzionalità si riferisce proprio all’aiuto prestato a quei soggetti che potrebbero decidere di rinunciare al trattamento di sostegno vitale a norma dell’art. 1, c. 5, legge n. 219/2017. Tale disposizione prevede una procedura “medicalizzata” estensibile alle fattispecie oggetto della declaratoria di incostituzionalità, volta ad accertare la capacità di agire del malato e il carattere libero e informato del consenso al trattamento. La manifestazione di volontà del paziente deve essere espressa nelle forme del consenso informato previste dall’art. 1, c. 4: «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente»³⁴, documentata «in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare», per poi essere inserita nella cartella clinica e «[f]erma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà».

La circostanza che la normativa sul consenso informato, contenuta nella legge n. 219/2017, sia applicabile anche all’intervento medico diretto a provocare rapidamente la morte del malato irreversibile corrobora la tesi che la somministrazione del farmaco letale sia considerata dalla Corte un “trattamento sanitario” al pari dei trattamenti di sostegno vitale, perché diretta a liberare il paziente da sofferenze fisiche o psichiche intollerabili.

La Corte indica, così, la via per il riconoscimento di “nuovi diritti” in un ambito fortemente divisivo come la bioetica: laddove sussista una condizione soggettiva di sofferenza fisica o psichica, l’intervento medico diretto ad alleviare tale stato è da qualificare come “trattamento sanitario” ex art. 32 Cost., quindi, soggetto al diritto al consenso libero e informato del paziente.

Il medico ha, quindi, l’obbligo di prospettare al malato le conseguenze della sua decisione, le possibili alternative, l’irreversibilità della patologia e le sofferenze fisiche o psichiche cui può andare incontro. Deve essere, inoltre, garantita al malato un’adeguata terapia del dolore e le cure palliative a norma dell’art. 2, legge n. 219/2017.

tesa, lasciando chiaramente intendere che in caso di inerzia parlamentare una sentenza caducatoria sarà pressoché inevitabile».

³¹ Cfr. [Corte cost. n. 242/2019](#), punto 5 del diritto.

³² Parla di «supplenza *sub condicione*, con sentenze *self executing* “fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento”» C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità*, cit., 12.

³³ [Corte cost. n. 242/2019](#), punto 5 del diritto.

³⁴ Cfr. *ivi*, punto 5 del diritto.

Il contenuto realmente “creativo”³⁵ della decisione consta, però, nella riserva a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale del compito di verificare le condizioni che rendono non punibile l’aiuto al suicidio e le relative modalità di esecuzione³⁶, similmente a quanto affermato dalla Corte in riferimento all’accesso alla diagnosi pre-impianto delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, e nella previsione di un parere del comitato etico competente per territorio³⁷, organo collegiale terzo, chiamato a intervenire in situazioni di particolare vulnerabilità.

È, invece, molto scarno il riferimento all’obiezione di coscienza del personale sanitario³⁸: «la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell’aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»³⁹. Tale statuizione lascia aperto il problema del contemperamento tra diritto del malato a morire rapidamente e con dignità e diritto del medico ad agire secondo coscienza, non essendo prevista alcuna garanzia minima della prestazione in favore del malato irreversibile. Tanto più che il riferimento alla legge n. 219/2017, «preciso punto di riferimento»⁴⁰ per la definizione delle regole applicabili al diritto enunciato, viene abbandonato dalla Corte senza indicare le ragioni: la legge n. 219/2017 non prevede, infatti, l’obiezione di coscienza per il personale sanitario dinanzi alla richiesta di interruzione del trattamento salva vita.

Se questa è la disciplina desumibile dalle «coordinate del sistema vigente»⁴¹ per le fattispecie successive alla pubblicazione della sentenza in *Gazzetta Ufficiale*, diverse sono, invece, le condizioni procedimentali vevoli per i fatti anteriori, come quelli oggetto del giudizio principale.

La non punibilità delle condotte di aiuto al suicidio anteriormente tenute è «subordinata al fatto che l’agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti», l’idoneità delle quali è rimessa alla valutazione del giudice nel caso concreto⁴².

Perché le garanzie siano equivalenti, precisa la Corte, occorre che le condizioni del richiedente quali la patologia irreversibile, la grave sofferenza fisica o psicologica, la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli siano state verificate in ambito medico; inoltre, la volontà dell’interessato deve essere stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni e il paziente deve essere stato adeguatamente informato sia in ordine alle proprie condizioni di salute sia sulle possibili soluzioni alternative, come l’accesso alle cure palliative e alla sedazione profonda continua.

³⁵ Note critiche sull’elevato tasso di creatività della decisione sono espresse da A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 3: «Il vero è che la regolazione oggi *ope juris prudentiae* prodotta e praticamente presa di peso (o quasi) dalla decisione interlocutoria dello scorso anno (a conferma dello scarto vistoso da essa esibito tra la forma e la sua sostanza) è comunque autosufficiente e si connota per un elevato tasso d’innovatività: è, cioè, una vera e propria legislazione rivestita delle candide forme della sentenza, che – come si diceva – fa luogo, in più punti, alla selezione di opzioni dapprima dallo stesso giudice presentate come meramente possibili e reciprocamente alternative» e ancora, 4, «La conversione di un giudice, sia pure del tutto peculiare, qual è la Corte, in un legislatore allo stato puro perviene così a compiuta maturazione, senza alcun mascheramento».

³⁶ Critiche sul punto sono espresse da P. VERONESI, *“Ogni promessa è debito”*, § 6.

³⁷ Come osserva C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere*, cit., 53, la Corte non compie una scelta «minimale», decide, invece, «di andare più a fondo», aggiungendo il riferimento al servizio sanitario nazionale e ai comitati etici.

³⁸ «Passaggio cruciale» secondo C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità*, cit., 13. Forti critiche sul punto sono espresse da P. VERONESI, *“Ogni promessa è debito”*, cit., § 6: «con grande noncuranza la Corte riconosce pertanto un diritto all’obiezione praticamente generalizzato a favore del personale medico».

³⁹ [Corte cost. n. 242/2019](#), punto 6 del diritto.

⁴⁰ Cfr. *ivi*, punto 5 del diritto.

⁴¹ Cfr. *ivi*, punto 4 del diritto.

⁴² Tipico esempio di bilanciamento in concreto nella accezione enunciata da R. BIN, *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, in *Giur. cost.*, n. 1/1991, 3574 e ss.

La sentenza si chiude con uno stringente monito al Parlamento, una “chiamata alla responsabilità politica” affinché la «materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati»⁴³.

In tale prospettiva, è utile interrogarsi su quali siano i principi vincolanti per il legislatore nella futura regolazione della materia: in primis, non sembrano derogabili le specifiche condizioni del malato indicate dalla Corte per la non punibilità dell’aiuto (i.e. irreversibilità della patologia, sofferenze soggettivamente intollerabili, dipendenza del malato da trattamenti di sostegno vitale, piena capacità di agire). Alla luce della [sentenza n. 242/2019](#), inoltre, il Parlamento dovrà apprestare garanzie non inferiori a quelle prescritte dall’art. 1, c. 5, legge n. 219/2017 per la verifica medica dei presupposti della richiesta di aiuto e dovrà sempre garantire la possibilità di revocare il consenso fino all’atto finale. Non sembra derogabile neppure l’obbligo del medico di prospettare al paziente l’irreversibilità della patologia, le sofferenze cui andrà incontro, le conseguenze della sua scelta e le vie alternative, quali il coinvolgimento in cure palliative⁴⁴, pre-requisito necessario rispetto alla somministrazione del farmaco letale. Da ultimo, la Corte sembra qualificare come indefettibili anche il coinvolgimento di un organo collegiale terzo che spetterà al legislatore individuare e la garanzia della obiezione di coscienza del personale sanitario.

Sembrano, invece, rimesse alla piena discrezionalità legislativa soltanto l’individuazione delle strutture competenti per la verifica delle condizioni legittimanti l’aiuto, la previsione di una eventuale disciplina ad hoc applicabile ai fatti pregressi, la tipizzazione più accurata della causa di non punibilità e la sua eventuale collocazione nella legge n. 219/2017.

5. Pregi e difetti della [sentenza n. 242/2019](#)

Con la sentenza in oggetto la Corte offre un’apprezzabile lettura evolutiva, costituzionalmente orientata, della ratio sottesa all’art. 580 c.p.: la disposizione è volta a salvaguardare le persone più deboli e vulnerabili da gesti estremi in proprio danno, esigenza ancora oggi meritevole di tutela ad eccezione di quella ristretta area di situazioni, inimmaginabili al tempo in cui la norma incriminatrice è stata introdotta, frutto del progresso tecnologico e della scienza medica «spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali»⁴⁵.

In secondo luogo, i giudici costituzionali, fin dall’[ordinanza n. 207](#), si sono meritoriamente discostati dal generico riferimento alla libertà personale *ex* artt. 2 e 13 Cost., proposto dal giudice a quo, e hanno operato una «ricostruzione chirurgica»⁴⁶ della questione di legittimità costituzionale sollevata, collocandola nell’alveo dell’art. 32 Cost. e della libertà di autodeterminazione in ambito terapeutico nella fase terminale della vita. Tale delimitazione ha consentito alla Corte di escludere dalla portata applicativa della decisione tutti coloro che, pur affetti da gravi sofferenze, non siano tenuti in vita da terapie salva-vita. La limitazione della declaratoria di incostituzionalità al soggetto che già potrebbe “lasciarsi morire” rifiutando trattamenti vitali ha, altresì, consentito alla Corte di desumere le regole applicabili alla fattispecie di aiuto al suicidio direttamente dalla legge n.

⁴³ [Corte cost. n. 242/2019](#), punto 9 del diritto.

⁴⁴ Proprio con riguardo all’esigenza di rafforzare il peso delle cure palliative, la Corte richiama nella [sentenza n. 242/2019](#), punto 4 del diritto, il parere del Comitato nazionale per la bioetica del 18 giugno 2019 (“*Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*”): «pur nella varietà delle posizioni espresse sulla legalizzazione del suicidio medicalmente assistito, ha sottolineato, all’unanimità, che la necessaria offerta effettiva di cure palliative e di terapia del dolore – che oggi sconta “molti ostacoli e difficoltà, specie nella disomogeneità territoriale dell’offerta del SSN, e nella mancanza di una formazione specifica nell’ambito delle professioni sanitarie” – dovrebbe rappresentare, invece, “una priorità assoluta per le politiche della sanità”»; altrimenti, si ricadrebbe nel «paradosso di non punire l’aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l’effettività del diritto alle cure palliative».

⁴⁵ [Corte cost. n. 242/2019](#), punto 2.3 del diritto.

⁴⁶ Cfr. C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”*, cit., 4.

219/2017, là dove prevede una procedura medicalizzata e appresta apposite garanzie a tutela del malato terminale nell'esercizio del suo diritto di rifiutare trattamenti di sostegno vitale.

Il ragionamento della Corte nella [sentenza n. 242/2019](#) è, quindi, incentrato sulla libertà di autodeterminazione terapeutica, mentre scompare ogni riferimento alla dignità soggettiva del malato, richiamata più volte nell'[ordinanza n. 207/2018](#), probabilmente per sfuggire a eventuali accuse di contraddittorietà rispetto alla nozione oggettiva di dignità patrocinata in altra sede⁴⁷.

In questa prospettiva, la somministrazione del farmaco letale è inquadrata dalla Corte nell'ambito dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente, finalizzata a liberarlo da gravi sofferenze non più tollerabili e, quindi, rientrando tra i trattamenti sanitari *ex art. 32 Cost.*

La [sentenza n. 242/2019](#) apre, tuttavia, ad una serie di questioni problematiche: innanzitutto, il ragionamento dei giudici costituzionali ruota tutto intorno al principio di ragionevolezza e uguaglianza che ha come *tertium comparationis* la legge n. 219/2017, ma l'art. 3 Cost., vero e proprio "convitato di pietra" della sentenza insieme alla dignità soggettiva nel morire, non è posto a fondamento del dispositivo.

Dal punto di vista applicativo, inoltre, la decisione pone un gravoso onere a carico del servizio sanitario nazionale, chiamato a verificare le modalità di esecuzione della procedura, con conseguenti dubbi circa la sua reale capacità di gestire dal punto di vista organizzativo il compito affidato dalla Consulta.

È, altresì, problematico l'intervento dei comitati etici territorialmente competenti sia perché vi è un pericolo di parcellizzazione e difformità di soluzioni operative, con conseguenti rischi di discriminazione territoriale, sia perché la Corte non ha precisato la natura del parere ad essi richiesto, se vincolante o meno.

Il profilo che desta maggiori perplessità è, tuttavia, l'obiezione di coscienza del personale sanitario: tale aspetto fondamentale è stato affrontato sbrigativamente dalla Consulta che ha affidato alla coscienza del singolo medico la scelta se esaudire o meno la volontà del paziente.

Non è previsto alcun onere motivazionale a carico del medico obiettore, né l'obbligo di fornire al malato le informazioni che gli consentano di ottenere altrimenti la prestazione. La sentenza non prevede neppure l'obbligo di erogare la prestazione in capo alla struttura sanitaria interessata e manca qualsiasi riferimento ad un'organizzazione interna alla struttura tale da garantire che almeno un medico si presti all'agevolazione. Dette circostanze mal si conciliano con il riconoscimento di un diritto alla somministrazione del farmaco letale, diritto positivo a una prestazione al quale dovrebbe fare da pendant l'obbligo di assicurare il trattamento all'interno della struttura sanitaria. Il diritto alla somministrazione del farmaco letale rischia, così, di assumere i contorni di un diritto riconosciuto sulla carta, ma non garantito in concreto.

Tra le soluzioni esperibili poteva essere opportuno, in attesa dell'intervento del legislatore, il rinvio alla disciplina dell'obiezione di coscienza prevista per l'interruzione volontaria di gravidanza all'art. 8, legge n. 194/1978, là dove tale disposizione stabilisce le specifiche modalità per esprimere la dichiarazione di volontà dell'obiettore e, nondimeno, l'obbligo a carico dell'ente richiesto di assicurare in ogni caso l'espletamento della procedura anche mediante la mobilità del personale sanitario.

6. Considerazioni conclusive

Il profilo più criticato in dottrina della [sentenza n. 242/2019](#) è la netta preponderanza dell'anima politica della Corte e lo sconfinamento in ambiti riservati al legislatore⁴⁸. Tale aspetto è

⁴⁷ Il riferimento è alla [sentenza Corte cost. n. 141/2019](#) in tema di favoreggiamento della prostituzione.

⁴⁸ Parla di «signoria che la Corte rivendica per sé nei riguardi di quella che fino ad oggi si chiamava la sfera riservata agli apprezzamenti discrezionali» del legislatore A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 1. L'Autore, peraltro, riscontra una «contraddizione di fondo» insita nella nuova tecnica decisoria: «Delle due, infatti, l'una: o è vero quanto dichiarato la prima volta dal giudice costituzionale, vale a

indubbiamente problematico e lo riconosce la stessa Corte costituzionale là dove cerca di giustificare la prevalenza della legalità costituzionale sul rispetto della discrezionalità legislativa. Tuttavia, a detta di chi scrive, il vero pericolo consta nell'impiego stabile della tecnica decisoria inaugurata con l'[ordinanza n. 207/2018](#) che associa al rinvio della udienza di discussione, per dar tempo alle Camere di intervenire, l'individuazione di vincoli sostanziali ben precisi, veri e propri "criteri direttivi" per il legislatore su come intervenire medio tempore. Pensiamo all'ipotesi in cui, sulla scia dell'[ordinanza n. 207/2018](#), la Consulta prendesse a rinviare stabilmente l'udienza di discussione per dar tempo al Parlamento di legiferare nel rispetto dei criteri fissati dalla Corte stessa nella decisione di rinvio. Dinanzi ad un simile vincolo nell'*an* e nel *quomodo* della discrezionalità legislativa c'è da chiedersi cosa accadrebbe se, nel tempo assegnato, le Camere approvassero una disciplina incompatibile con i principi fissati dalla Consulta.

L'indicazione di veri e propri "criteri direttivi" nell'ordinanza di rinvio e la loro concretizzazione in regola nella successiva sentenza di accoglimento può aprire la via a un "cortocircuito" istituzionale non certo auspicabile: potrebbe il controllore sanzionare il controllato per come è intervenuto in un ambito rientrante pacificamente nella sua discrezionalità?

Si tratta di un'ipotesi non del tutto peregrina se si pensa che il disegno di legge A.S. 1494 sull'aiuto al suicidio, presentato al Senato⁴⁹ per rispondere al monito costituzionale, non riproduce la condizione prescritta nell'[ordinanza n. 207/2018](#), poi ribadita nella [sentenza n. 242/2019](#), ossia l'essere il paziente «tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale». Come emerge dalla relazione illustrativa, il disegno di legge persegue il preciso intento di includere nella disciplina dell'aiuto anche quei pazienti che, sebbene non tenuti in vita a mezzo di trattamenti salva-vita, siano comunque affetti da patologie gravi e irreversibili, fonti di sofferenze fisiche o psichiche intollerabili⁵⁰. Se il disegno di legge venisse alla luce nella suddetta formulazione si porrebbero evidenti profili di conflittualità rispetto alle regole fissate dalla Corte nell'[ordinanza n. 207/2018](#) e, da ultimo, nella [sentenza n. 242/2019](#).

Il pericolo maggiore sembra, pertanto, quello della trasformazione dell'eccezione (i.e. rinvio a nuova udienza con indicazione di precisi vincoli sostanziali per il legislatore, eventuale additiva di procedura) in regola.

Sarà soltanto il seguito della giurisprudenza costituzionale a dire se il «collaudato meccanismo della "doppia pronuncia"»⁵¹ verrà soppiantato da questa nuova tecnica decisoria, concretizzando la paventata stabilizzazione dell'eccezione in regola.

dire che spetta davvero al legislatore (e solo ad esso) far luogo alla scelta tra le varie soluzioni normative astrattamente immaginabili, da compiersi entro un certo termine (del quale, peraltro, è oscuro il titolo in nome del quale è dal giudice fissato), ed allora non è chiaro cosa mai legittimi in un tempo successivo la Corte a sostituirsi al legislatore stesso; oppure il giudice può (e, anzi, deve) far luogo alla disciplina dalla stessa prefigurata, ed in tal caso non è chiaro perché non vi si possa (e debba) porre subito mano, senza indugio alcuno, tanto più che è poi pur sempre consentito al legislatore di apportarvi le innovazioni giudicate opportune, una volta che abbia deciso di tornare a rioccupare il campo di sua spettanza, sia pure nel rispetto dei "principi e criteri direttivi" somministratigli dal giudice costituzionale». Parla di «decisione politica» anche C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, cit., 15.

⁴⁹ Il disegno di legge è stato comunicato alla Presidenza del Senato il 17 settembre 2019.

⁵⁰ Profilo questo lasciato inavaso dalla Consulta secondo P. VERONESI, *"Ogni promessa è debito"*, cit., § 3.

⁵¹ Cfr. [Corte cost. sent. n. 242/2019](#), punto 4 del diritto.

Pasquale Costanzo
Quando i numeri manifestano principi
ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari*

ABSTRACT: *The paper investigates the topic of the italian constitutional revision “in itinere” to reduce the number of parliamentarians. The author highlights the constitutional problems of the reform although carried out by constitutional law.*

1. Domenica 29 marzo 2020, gli elettori sono chiamati a convalidare o a respingere il disegno di legge costituzionale già approvato dalle Camere in seconda votazione, ma a maggioranza assoluta in Senato, concernente la riduzione dei componenti di entrambi i rami del Parlamento¹. Più precisamente, la riforma tende ad abbassare il numero dei Deputati da 630 a 400, e quello dei Senatori da 315 a 200², mentre restano cinque i Senatori a vita nominabili dal Presidente della Repubblica, sia pur con la precisazione che si tratta di una cifra complessiva invalicabile relativamente a tale carica vitalizia³. Sui *pro* e i *contra* di tale delicata scelta istituzionale sono stati spesi molti argomenti⁴, anche se a livello di opinione pubblica i ragionamenti appaiono per il momento ancora generici se non confusi. Lo scopo di queste sintetiche notazioni non è però tanto quello di andare a rafforzare le tesi di uno degli opposti schieramenti formatisi circa la bontà o meno della revisione in atto, quanto di evidenziarne alcune aporie, tali da far dubitare della costituzionalità stessa della legge costituzionale a cui s'intende dare vita.

2. Come è abbastanza noto, l'attuale entità numerica dei parlamentari non è frutto della scelta diretta dei Costituenti che, per vero, avevano pensato ad una variabile in funzione dei mutamenti demografici del corpo elettorale. Il testo originario degli artt. 56 e 57 della Costituzione collegava, infatti, il numero degli eleggibili ad un rapporto matematico fra il complessivo numero degli abitanti ed un coefficiente di ottantamila abitanti per la Camera e duecento mila per il Senato. E ciò in quanto l'intenzione dei Costituenti era quella di privilegiare il carattere rappresentativo degli organi parlamentari della neonata democrazia. Peraltro, anche allora vennero allegati argomenti a favore di un collegio al possibile ristretto di rappresentanti quali la funzionalità ed il costo di mantenimento delle assemblee: che però furono battuti in breccia, rilevandosi, in particolare da Terracini, che

- “il numero dei componenti un'assemblea deve essere in certo senso proporzionato all'importanza che ha una nazione, sia dal punto di vista demografico, che da un punto di vista internazionale”⁵;

- “la diminuzione del numero dei componenti [...] sarebbe in Italia interpretata come un atteggiamento antidemocratico, visto che, in effetti, quando si vuole diminuire l'importanza di un

* *Contributo della direzione privo di referaggio.*

¹ Si tratta del d.d.l. costituzionale d'iniziativa dei Senatori Quagliariello; Calderoli e Perilli; Patuanelli e Romeo: “Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari”. La richiesta di *referendum* è stata avanzata da 71 Senatori (per alcuni intoppi nella vicenda, cfr. E. PATTA, *Colpo di scena sul referendum: ritirate alcune firme, slitta il deposito in Cassazione* in *Il Sole-24Ore* del 9 gennaio 2020 ed. online) e dichiarato regolare dall'Ufficio Centrale della Cassazione con ordinanza del 23 gennaio 2020.

² La riduzione riguarda in misura più o meno proporzionale il numero dei cd. seggi esteri.

³ Si ricordi la prassi, invalsa a partire dalla Presidenza Cossiga, di dare al disposto costituzionale l'interpretazione estensiva che permette a ciascun Presidente la nomina di cinque senatori indipendentemente dal numero dei senatori a vita in carica.

⁴ Tra cui, a favore della riforma, principalmente: l'eccessivo costo di funzionamento degli apparati, l'ampio assenteismo dei parlamentari; la lungaggine dei procedimenti; il numero esuberante dei componenti a fronte dei Parlamenti di altri Paesi. Per la conservazione, invece, dell'attuale assetto, si allega questo stesso confronto, la miglior qualità di un lavoro più complesso; l'irrisorietà dell'eventuale risparmio conseguito soprattutto se paragonato allo svantaggio derivante dalla perdita di rappresentatività. In proposito, risulta assai utile il *Dossier* del Senato A.S. n. 214-551-896-B del 25 giugno 2019.

⁵ Assemblea Costituente, II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seduta del 18 settembre 1946.

organo rappresentativo s'incomincia sempre col limitarne il numero dei componenti, oltre che le funzioni"⁶; quindi,

- "se nella Costituzione si stabilisse la elezione di un Deputato per ogni 150 mila abitanti⁷, ogni cittadino considererebbe questo atto di chirurgia come una manifestazione di sfiducia nell'ordinamento parlamentare"⁸;

- quanto alle spese "ancora oggi non v'è giornale conservatore o reazionario che non tratti questo argomento così debole e facilone. Anche se i rappresentanti eletti nelle varie Camere dovessero costare qualche centinaio di milioni di più, si tenga conto che di fronte ad un bilancio statale che è di centinaia di miliardi, l'inconveniente non sarebbe tale da rinunciare ai vantaggi della rappresentanza"⁹;

- "le argomentazioni contrarie [...] in realtà sembra che riflettano certi sentimenti di ostilità, non preconcepita, ma abilmente suscitata fra le masse popolari contro gli organi rappresentativi nel corso delle esperienze che non risalgono soltanto al fascismo, ma assai prima, quando lo scopo fondamentale delle forze antiprogressive era la esautorazione degli organi rappresentativi"¹⁰.

Parimenti nota è, poi, la circostanza che le disposizioni costituzionali in questione sono state sottoposte a revisione al fine di cristallizzare il numero dei componenti delle assemblee (così come è ancora attualmente)¹¹. La bilancia, in quel caso, fu fatta pendere a favore di una funzionalità che si riteneva sarebbe stata in futuro compromessa da un ampliamento abnorme delle assemblee rappresentative in dipendenza dell'incremento della natalità (dovuto, in particolare, al *boom* economico). Per altro verso, l'istantanea che venne in allora scattata sulla numerosità dei parlamentari fu ritenuta costituire un soddisfacente compromesso fra rappresentanza e funzionalità, tanto da potersi considerare quel risultato la soglia minima invalicabile per non compromettere il principio democratico¹².

3. Sia l'opzione del 1947, sia quella del 1963 furono, in ogni caso, ritenute compatibili con alcuni altri meccanismi previsti dalla Carta fondamentale ed anzi con questi armonicamente connessi.

Per fare qualche esempio, si consideri il rapporto percentuale tra senatori eletti a vita e di diritto; il "peso" dei delegati regionali in sede di elezione del Capo dello Stato¹³; la determinazione dei *quorum* per l'elezione degli organi di garanzia, la messa in stato di accusa parlamentare e la stessa revisione costituzionale, nonché tutte le circostanze in cui siano richieste maggioranze qualificate (anche se, per vero, una qualche preoccupazione per tali equilibri emerge dalla proposta di riduzione, nello stesso d.d.l. in parola del numero minimo di senatori (tre) da attribuirsi a ciascuna regione, laddove, tuttavia, non ci si fa carico del seggio valdostano che "vedrebbe innalzare ulteriormente il proprio tasso di incidenza nel contesto elettorale nazionale")¹⁴. Restando nel quadro costituzionale,

⁶ Assemblea Costituente, II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seduta del 18 settembre 1946.

⁷ Si noti la curiosa (e un po' esilarante) circostanza che sarebbe proprio questo l'effetto della riforma *de qua*.

⁸ Assemblea Costituente, II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seduta del 18 settembre 1946

⁹ Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, seduta del 27 gennaio 1947.

¹⁰ Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, seduta del 27 gennaio 1947.

¹¹ V. artt. 1 e 2 della l. costituzionale 9 febbraio 1963, n. 2.

¹² Anche in altri ordinamenti è seguita la soluzione del numero fisso di componenti (almeno delle Camere basse): ad es., Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania (sia pure con i cd. mandati in sovrannumero), Regno Unito, Spagna. Volendo, invece, fornire un riferimento storico di un certo interesse, l'attenzione va spostata sugli Stati Uniti, al momento della cui nascita l'esiguità della composizione numerica della Camera dei rappresentanti era parsa costituire "la parte più controversa del progetto", considerandone l'inidoneità a garantire "la protezione dei diritti e degli interessi del popolo americano": tanto da portare lo stesso Presidente Washington (peraltro, quando ormai il testo era in fase di stampa) a presentare una mozione volta ad aumentarne l'entità numerica, al fine di passare da un rapporto da 1 ogni 40 mila abitanti a 1 ogni 30 mila (ricavo questi dati da L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, 158 (spec. nota 117).

¹³ Giaccione, peraltro, in Parlamento alcuni d.d.l. costituzionali aventi come scopo la riduzione del numero dei delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica.

¹⁴ Così L. TRUCCO, [Audizione 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), in questa [Rivista](#), [Studi](#) 2019/I, 13

risulta chiaro che dovunque siano previste valori numerici assoluti per i corrispondenti adempimenti ne deriverebbero gravi sbilanciamenti, con alterazione degli equilibri originariamente prefigurati (artt. 62: convocazione straordinaria delle singole Camere; 64: regolamenti parlamentari; 72: rimessione all’Aula; 73: promulgazione; 75 e 138: richieste di *referendum*; 79: amnistia e indulto; 94: mozione di sfiducia...). Va da sé, inoltre, che con qualsiasi legge elettorale, anche la più “inclusiva”, il principio di proporzionalità nella composizione delle commissioni parlamentari si ridurrebbe al lumicino, riflettendo lo scarso ruolo che nella stessa assemblea sarebbe riservato alle minoranze¹⁵.

4. L’ultima osservazione conduce direttamente al cuore del ragionamento, e cioè alla compromissione sia della forma di governo, sia della forma di Stato che la riduzione preconizzata potrebbe comportare. Sotto il primo profilo, infatti, l’evidente perdita di ruolo che il Parlamento subirebbe non potrebbe non avere ricadute sulla dialettica col Governo, spostando il baricentro del sistema a favore dell’Esecutivo. Non che la circostanza sia qui ritenuta in sé un bene o un male: quel che si contesta è che un’operazione di questa portata possa conseguire da una “semplice” riduzione dei membri delle Camere e non in maniera esplicita e “razionalizzata”. Sotto il secondo profilo – e torniamo così agli scrupoli dei Padri costituenti – è del pari evidente che, anche senza mettere in conto la configurazione del sistema elettorale, ne riuscirebbe alterato e mortificato il rapporto rappresentativo fra elettori ed eletti e scombussolato il formato partitico¹⁶. Il voto di ciascuno risulterebbe infatti diluito forse in misura intollerabile fino a rendere praticamente simbolico recarsi a votare¹⁷. Né potrebbero supplirvi gli attuali istituti democrazia diretta, a loro volta comunque non privi di criticità (mancanza, ad es., del *referendum* propositivo per l’approvazione delle leggi¹⁸): in altri termini, ritenendo che, in realtà, la democrazia diventi tanto più sostanzialmente “diretta” quanto più la rappresentanza sia ampia ed effettiva, pare di poter concludere che, a causa degli effetti di *feedback*, voluti o inconsapevoli, della riduzione dei parlamentari sul sistema, in taluni specifici essenziali profili e nel suo complesso, la legge costituzionale relativa si porrebbe in rotta di collisione con principi e regole portanti del sistema, andando oltre il consentito ad una revisione costituzionale¹⁹ che non proceda organicamente per la via maestra dell’abrogazione e della riformulazione esplicita degli enunciati costituzionali.

¹⁵ L’inconveniente sarebbe aggravato in presenza di un sistema elettorale maggioritario. Il recente tentativo di introdurlo per via referendaria è stato peraltro bocciato dalla Corte costituzionale ([comunicato del 16 gennaio 2020](#)): in proposito, v. L. TRUCCO, [La richiesta referendaria regionale in materia elettorale](#), in questa *Rivista*, [Studi 2019/III](#), 518.

¹⁶ Anche per quanto riguarda l’elettorato passivo, si evidenzia sia l’aumento della cd. soglia implicita per l’acquisizione dei seggi, sia la dilazione delle circoscrizioni in cui svolgere la campagna elettorale: sul punto, P. COSTANZO, [Perché no al taglio parlamentari](#), intervista a Radio Radicale a cura di R. Iannuzzi del 28 agosto 2019, nonché L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, cit., 156 ss.

¹⁷ L’effetto “diluitivo” potrebbe essere potenziato, se andasse in porto la proposta di riforma costituzionale in materia di estensione del diritto di elettorato attivo ai sedicenni.

¹⁸ Anche al proposito, non mancano, per vero, proposte volte ad introdurre in Costituzione forme di iniziativa legislativa popolare rinforzata.

¹⁹ La Corte ha da tempo notoriamente manifestato la sua disponibilità a giudicare sulla validità anche delle leggi di rango costituzionale ([sent. n. 1146 del 1988](#)). È invece la modalità di sottoposizione alla Corte della questione a porre i maggiori problemi, per cui un sicuro interesse potrebbe riconoscersi in capo alle Regioni a contestare la *deminutio* derivante dalla riduzione dei senatori attualmente in quota a ciascuna di loro. In via generale, tuttavia, dovrebbero valere qui, anche a maggior ragione, i principi in base ai quali la Corte ha già dichiarato ammissibili per riconosciuta rilevanza delle questioni inerenti alla tutela del diritto inviolabile del voto, specie se la lesione derivi da una normativa tale “da alterare per l’intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti” e “che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, ponendosi in contrasto con gli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost. In definitiva, detta disciplina non è proporzionata rispetto all’obiettivo perseguito, posto che determina una compressione della funzione rappresentativa dell’assemblea, nonché dell’eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un’alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l’intera architettura dell’ordinamento costituzionale vigente ([sent. n. 1 del 2014](#)). E poco importa che si sia in presenza di norme costituzionali, dato che anche ad esse possono essere validamente opposti i cd. controlimiti (ancora [sent. n. 1146 del 1988](#)).

Antonio Ruggeri
Ancora in tema di abrogazioni per via referendaria di norme elettorali
(nota minima a [Corte cost. n. 10 del 2020](#))*

ABSTRACT: *The paper briefly examines the problems posed by the request for a referendum on the political electoral law proposed by the Regions and the reasons for its inadmissibility, particularly in light of the decision of the Constitutional Court n. 10 of 2020.*

Due rapide notazioni riguardanti unicamente l'ultimo punto del *cons. in dir.* della [decisione in commento](#).

La prima è la conferma, ancora una volta implicitamente data (ma senza svolgimento argomentativo), della natura "giurisdizionale" dell'attività svolta in sede di "giudizio" di ammissibilità delle domande referendarie, sotto lo specifico aspetto del riconoscimento che la Corte fa di se stessa quale potenziale giudice *a quo*. Si era già avuto nella [sent. 13 del 2012](#), richiamata dai Consigli regionali ricorrenti a sostegno della loro iniziativa processuale, con la quale l'istanza era stata rigettata per manifesta infondatezza, diversamente da quella odierna dichiarata, per il profilo ora considerato, manifestamente inammissibile. Non sto a discutere se siffatto riconoscimento sia giusto o no, pur non tacendo qui i tratti complessivamente peculiari (e, a mia opinione, irriducibili alla "giurisdizione", pur nella sua più larga accezione) che sono propri del "giudizio" di ammissibilità delle domande referendarie. Mi limito solo ad osservare che, forse, non sarebbe inopportuno che la Corte ci dicesse una buona volta, in modo chiaro e tondo, quali sono le ragioni che la inducono a siffatta presa di posizione.

La seconda attiene al merito della iniziativa processuale dei promotori. Francamente stupisce che questi ultimi non si siano avveduti della contraddizione nella quale sono caduti con il richiedere alla Corte di manipolare il dettato dell'[art. 37, comma 3, della legge n. 352 del 1970](#), nel senso di stabilire il "congelamento" automatico e *sine die* dell'effetto abrogativo prodotto dal *referendum* per il caso che, come qui, dovesse avere ad oggetto norme di legge costituzionalmente necessarie. Palesemente irragionevole è, infatti, attivarsi per la loro caducazione, sapendo che però questa non potrà aversi se non dopo che il legislatore avrà posto mano alla nuova disciplina della materia e, dunque, sapendo che nessuno può costringere *manu militari* le Camere riottose a far luogo all'attesa nuova regolazione (oltre tutto, ed a tacer d'altro, sopravvenendo la nuova regolazione, è chiaro che si ha comunque l'abrogazione della vecchia, risultando pertanto *inutiliter datum* l'effetto referendario...).

Ora, è vero che obblighi di *facere* possono aversi senza che ne sia garantita l'osservanza attraverso la predisposizione di misure sanzionatorie efficaci. Sta di fatto, però, che l'obiettivo avuto di mira dall'iniziativa referendaria resterebbe per l'intanto (e chissà fino a quando...) non centrato per volontà degli stessi promotori.

Il vero è che alle leggi (*rectius*, norme) costituzionalmente necessarie mal si addice tanto il meccanismo in atto previsto dall'art. 37, cit., dell'eventuale rinvio per sessanta giorni della produzione dell'effetto abrogativo quanto l'altro immaginato dai Consigli regionali nella circostanza odierna. Non l'uno, che ovviamente non darebbe alcuna garanzia circa l'adempimento dell'obbligo suddetto da parte del legislatore; non l'altro che, a conti fatti, finirebbe con il contraddire lo scopo stesso della domanda referendaria, svuotandola di pratico significato. Una domanda, peraltro, dagli stessi promotori delegittimata, col fatto stesso della sua ipotizzata inammissibilità per difetto di una normativa di risulta autoapplicativa (come dire che il troppo stropia ed a far troppe richieste si finisce con il perdere credibilità).

Certo, si potrebbe opporre che un *referendum* "congelato" ha pur sempre un suo innegabile significato, per un verso inducendo il legislatore a risvegliarsi dal suo annoso letargo e, per un altro verso, facendo da ostacolo alla confezione di una nuova disciplina di legge contraria al verso indicato dall'esito della consultazione popolare. Si tratterebbe, nondimeno, di un effetto apprezzabile al piano

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.

politico, ma inidoneo a superare le obiezioni da tempo avanzate in dottrina e fatte proprie dalla stessa giurisprudenza avverso l'eventuale assoggettamento delle leggi costituzionalmente necessarie a *referendum*.

Le cose, poi, ulteriormente si complicano ogni qual volta l'iniziativa referendaria dovesse avere ad oggetto, come nel caso odierno, una legge di delega della quale, in tesi, si punti a rovesciarne profondamente il senso complessivo o, come che sia, a farla oggetto di profonde innovazioni (accenno poi di passaggio alle non poche né lievi questioni di ordine teorico-pratico che solleva il criterio fatto proprio dalla Consulta nella circostanza odierna della "eccessiva" manipolatività del quesito che, per il fatto stesso di esporsi ad applicazioni sommamente incerte e non di rado divergenti, finisce con il dotare lo stesso giudice costituzionale di un margine di apprezzamento... *eccessivo*, spianando perciò la via ad un "giudizio" imbevuto di un tasso assai elevato, forse francamente insopportabile, di politicità).

Il fuoco della questione non sta – come, invece, in passato hanno ritenuto alcuni studiosi – nella (supposta) inidoneità delle leggi di cui all'art. 76 Cost. ad essere investite da domande referendarie. È il *mix* costituito dalla loro natura di atti bisognosi di ulteriore svolgimento normativo ad opera del Governo, e dal loro essere portatori di norme – se del caso – costituzionalmente necessarie (o, meglio, dall'averne un oggetto indefettibile), unitamente alla ipotizzata sospensione *sine die* dell'effetto abrogativo al quale dovessero andare soggetti, a dar vita ad *puzzle* irrisolvibile, ad un esito cioè comunque irragionevole. Perché è chiaro che, "congelato" l'effetto ablativo, il Governo si troverebbe davanti ad un bivio, senza peraltro che nessuna delle due vie astrattamente imboccabile possa essere utilmente percorsa.

E infatti.

Da un lato, venuta meno o, comunque, stravolta la disciplina di delega e sostituita da una nuova disciplina, il Governo non potrebbe comunque dare seguito a quest'ultima perché non ancora vigente.

Dall'altro lato, neppure però potrebbe dare seguito alla disciplina originaria (e ancora formalmente in vigore) perché contraria all'esito della prova referendaria. Dunque, il Governo si troverebbe obbligato a restare inerte, esponendosi peraltro in tal modo ad eventuale responsabilità politica (senza colpa...) ora in via istituzionale davanti alle Camere ed ora in modo diffuso davanti alla pubblica opinione. Sarebbe, insomma, davvero messo, innocente, in croce.

Il vero è che le norme costituzionalmente imposte – piaccia o no – si sottraggono (e *devono* sottrarsi), per loro natura, ad abrogazione "secca", per mano delle Camere come pure del popolo legislatore, senza che possa immaginarsi alcun meccanismo correttivo del disposto della legge 352 in grado di spianare la via alla loro sottoposizione a *referendum* (altra questione, naturalmente, è poi quella relativa ai criteri con profitto utilizzabili al fine del riconoscimento delle norme stesse; ma, di ciò in altri luoghi).

Un ultimo rilievo. Confesso di non aver compreso il senso della linea difensiva tenuta dai Consigli regionali, nella parte in cui in sede di conflitto tra poteri, hanno ritenuto di non poter sollecitare la Corte a sollevare davanti a se stessa la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 37, cit., dal momento che sarebbe "virtualmente impossibile il rispetto delle – altrettanto – inderogabili scadenze temporali sulle quali è calibrato il procedimento referendario" (il riferimento è tratto dall'[ord. 9 del 2020](#), che riporta fedelmente il pensiero dei promotori sul punto). Di contro, quest'ostacolo non si avrebbe (e non si capisce perché) in sede di "giudizio" di ammissibilità del *referendum*.

Ora, i termini fissati dalla legge 352 sono – come si sa – stringenti (anche se, com'è noto, alcuni hanno ritenuto che possano considerarsi non perentori), ma se il conflitto fosse stato prospettato anzi tempo, non sarebbe stato forse impossibile per la Corte definire la questione nel rispetto dei termini stessi, dopo essersi attivata quale giudice *a quo* (sempre che, appunto, si desse una disponibilità in tal senso e sempre che, ovviamente, la sede allo scopo utilizzata dovesse considerarsi adeguata).

Marco Ruotolo

**Le incompatibilità nella gestione delle farmacie. Un piccolo omaggio a mio fratello Antonio
(in forma di nota alla [sent. n. 11 del 2020](#))***

Abstract: *The work addresses the issue of incompatibilities in the management of pharmacies addressed by the Constitutional Court with sentence no. 11 of 2020. The solution offered by the Constitutional Court, already with acuteness proposed in the doctrine, is shared by the author, although with some technical reservations*

1. Caro Antonio, avresti probabilmente commentato la [sent. n. 11 del 2020](#) della Corte costituzionale con un semplice «*Bog, ci abbiamo preso*», rivolto alla tua amica e collega Daniela Boggiali.

Lo studio che avevi redatto insieme a Paolo Guida e a Daniela Boggiali su *Le società per la gestione delle farmacie private*¹ proponeva proprio l'interpretazione della disciplina sulle incompatibilità nella gestione delle farmacie che la Corte pone oggi a fondamento della sua sentenza. Ricordo ancora la tua telefonata nella quale mi esponevi la complessa questione, andando diritto verso la soluzione che ti era sollecitata dall'interpretazione sistematica della nuova disciplina. Un'interpretazione che ritenevi non scontata (nello studio la definivi «ortopedica»), anche alla luce di un discutibile parere espresso sul punto dal Consiglio di Stato².

Proverò qui a ricostruire sinteticamente la questione e la soluzione proposta dalla Corte, trasformando in una breve nota a prima lettura quello che sarebbe stato il non detto di un mio sicuramente scarno messaggio telefonico. Non ti piacevano i «fronzoli» (non piacciono neanche a me) e il nostro rapporto era così, poche parole, qualche complimento (se proprio indispensabile), molte prese in giro, convinti, entrambi, di fare soltanto il nostro lavoro, distanti dalla vana gloria, da quella fastidiosa vuota vanteria che è così lontana dalla nostra tradizione familiare. Bastava il «*Bog, ci abbiamo preso*», che significava soprattutto condividere con chi aveva lavorato con te il risultato conseguito.

2. La questione sottoposta all'esame della Corte con due ordinanze del Collegio arbitrale di Catania ha per oggetto l'art. 8, comma 1, lett. c), della legge 8 novembre 1991, n. 362, nella parte in cui prevede che la partecipazione, in qualità di socio, alle società di capitali, di cui all'art. 7, comma 1, della stessa legge (per come modificato dall'art. 1, comma 157, lettere a e b, della legge 4 agosto 2017, n. 124), sia incompatibile con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato³. Tale causa di incompatibilità risulterebbe da un rinvio operato dal censurato art. 7 alle disposizioni dell'art. 8

* *Contributo referato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.*

¹ P. GUIDA – A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *Le società per la gestione delle farmacie private (Studio n. 75-2018/I)*, in *Studi e materiali*, fasc. 2/2018, 303 ss.

² Consiglio di Stato in sede consultiva, parere del 3 gennaio 2018, n. 69, adottato all'esito di Adunanza del 22 dicembre 2017 della Commissione Speciale nominata dal Presidente del Consiglio di Stato per rispondere a quesiti posti dal Ministero della Salute, con nota di trasmissione della relazione prot. 12257 del 3 novembre 2017.

³ Come precisato dalla Corte nell'*incipit* del *Considerato in diritto*, l'art. 7 della legge n. 362 del 1991 (Norme di riordino del settore farmaceutico), come modificato, nei primi due suoi commi, dall'art. 1, comma 157, lettere a) e b), della legge n. 124 del 2017 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza), sotto la rubrica «Titolarità e gestione della farmacia», dispone che «1. Sono titolari dell'esercizio della farmacia privata le persone fisiche, in conformità alle disposizioni vigenti, le società di persone, le società di capitali e le società cooperative a responsabilità limitata. 2. Le società di cui al comma 1 hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia. La partecipazione alle società di cui al comma 1 è incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica. Alle società di cui al comma 1 si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8».

Il successivo art. 8 della stessa legge n. 362 del 1991 (rubricato «Gestione societaria: incompatibilità»), *sub* lettera c) del suo comma 1, a sua volta, stabilisce che la partecipazione alla società di cui all'art. 7 è incompatibile «con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato».

(«per quanto compatibili»), le quali ultime non hanno formato oggetto di revisione, nonostante l'intervenuta, significativa, novità dell'apertura alla gestione delle farmacie private ad opera delle società di capitali⁴.

A giudizio dei rimettenti l'incompatibilità riferita ai soci di società di capitali che acquisiscano farmacie private senza rivestirne compiti di gestione o di direzione sarebbe intrinsecamente irragionevole, determinando peraltro un'ingiustificata disparità di trattamento (art. 3 Cost.), nonché lesione della tutela del lavoro (artt. 4 e 35 Cost.), della libertà di iniziativa economica (art. 41), anche quale diritto attraverso cui l'uomo può conseguire il pieno sviluppo della propria personalità (art. 2 Cost.), della libertà di impresa e di stabilimento (artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 3 TUE, 16 CDFUE e 49 TFUE), della tutela del risparmio e dell'investimento (art. 47 Cost.).

3. I predetti dubbi di costituzionalità sorgono, dunque, da una lettura del quadro normativo che porta a ritenere che la titolarità di un rapporto di lavoro pubblico o privato osti all'acquisto di quote di una società di capitali avente quale oggetto esclusivo la gestione di farmacie private. Le vicende all'origine dei giudizi *a quibus* si basano proprio su tale interpretazione: due soci avevano ceduto le loro quote a un docente universitario e le società di gestione, temendo che la titolarità del rapporto di lavoro pubblico determinasse causa di incompatibilità tale da precludere l'ottenimento dell'autorizzazione a gestire la farmacia, agivano nei confronti dei cessionari chiedendo l'annullamento della cessione o la rimozione della causa di incompatibilità (cessazione del rapporto di lavoro pubblico). I Collegi arbitrali, al riguardo aditi in base alle previsioni degli Statuti societari, hanno ritenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale, sull'implicito presupposto per cui il testo normativo da applicare opponesse una "resistenza insuperabile"⁵ a essere interpretato in modo conforme a Costituzione.

4. La Corte rileva subito l'erroneità della predetta interpretazione, non usando, tuttavia, il sintagma "erroneo presupposto", che avrebbe potuto condurre ad un esito, francamente eccessivo, di inammissibilità della questione⁶. L'interpretazione ritenuta erronea, infatti, era tutt'altro che improbabile, essendo addirittura stata sostenuta dal Consiglio di Stato in sede consultiva, sia pure nella attenuata forma della incompatibilità da riferire ai rapporti di lavoro, pubblico o privato, di tipo continuativo e non precario o provvisorio⁷. Tuttavia quella soluzione ermeneutica non rispondeva ai canoni propri dell'interpretazione sistematica, privilegiando irragionevolmente il presunto "dato letterale", oggetto di "isolamento" dal contesto normativo di riferimento. La Corte lo dimostra ampiamente nella sua convincente motivazione, pervenendo alla conclusione per cui «la causa di incompatibilità di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 8 della legge n. 362 del 1991 non è riferibile ai soci, di società di capitali titolari di farmacie, che si limitino ad acquisirne quote, senza essere ad alcun titolo coinvolti nella gestione della farmacia». Una conclusione alla quale –

⁴ Sulla previgente disciplina, anche con specifico riguardo al regime delle incompatibilità, si vedano A. RUOTOLO, *Requisiti dei soci di società di farmacia alla luce dell'art. 7, comma 4-quater, legge 11/2015*, Quesito di Impresa n. 119-2015/I; A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *Farmacie private, direzione e incompatibilità*, Quesito di Impresa n. 1025-2014/I; A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *Costituzione società di farmacisti e incompatibilità di cui all'art. 8 l. 362/91*, Quesito di Impresa n. 261-2015/I, questi ultimi tutti in *CNN Notizie* del 2 dicembre 2015. Si vedano anche P. MONTALENTI, *Gestione associata di una farmacia e modelli societari*, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1991, 26; G. MELEGARI, *Le società di gestione della farmacia*, in *Riv. not.*, 1992, 161; P. GUIDA, *L'oggetto sociale della società di gestione di farmacia e riflessi notarili*, in *Riv. not.*, 2010, 39.

⁵ Secondo l'espressione di V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 895.

⁶ Sulle ragioni di tale affermazione rinvio al mio *Quando il giudice deve fare da sé*, in [Questione giustizia](#), 22 ottobre 2018, par. 3.3.

⁷ Il riferimento è al già citato parere del 3 gennaio 2018, n. 69.

scrive la Corte – è dato «pervenire pianamente», ma che in realtà è l'esito di una complessa ricostruzione del quadro normativo tale da consentire un'«interpretazione ortopedica»⁸ della disposizione censurata.

La Corte precisa che «l'art. 8 della legge n. 362 del 1991, nel testo non modificato *in parte qua* dalla legge n. 124 del 2017, riferisce, infatti, l'incompatibilità (“con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato”), di cui alla denunciata lettera *c*) del suo comma 1, al soggetto che gestisca la farmacia (o che, in sede di sua assegnazione, ne risulti associato, o comunque coinvolto, nella gestione). Ciò risulta già dalla stessa rubrica della norma, che espressamente collega “gestione” e “incompatibilità”; è confermato, inoltre, dal sistema delle sanzioni ivi disegnato (*sub* comma 3) per il caso in cui il soggetto incorra nella causa di incompatibilità: sanzioni interdittive, per loro natura applicabili solo al socio che risulti fattivamente coinvolto nella gestione della farmacia; e trova, infine, ulteriore riscontro nella disciplina delle ipotesi (*sub* commi 9 e 10 dell'art. 7, richiamate dall'art. 8) di subentro di terzi, *mortis causa*, in quota del capitale sociale o di vendita della farmacia, nelle quali l'obbligo di cessione (entro sei mesi) della quota così acquisita dall'erede del socio o dall'acquirente della società, è previsto per il solo caso in cui l'avente causa incorra nelle incompatibilità – di cui al secondo periodo del comma 2 dell'art. 7 – correlate a “qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché [al]l'esercizio della professione medica”, mentre nessun rilievo ostativo alla permanenza nella società riveste l'eventuale titolarità di un rapporto di lavoro, pubblico o privato, da parte dell'erede del socio defunto o dell'acquirente della farmacia, che non partecipi alla gestione della stessa».

Ancora: il richiamo ai requisiti di cui all'art. 8 deve essere interpretato alla luce del riferimento agli stessi «in quanto compatibili», con la conseguenza che «se la specifica incompatibilità di cui si discute è legata ad un ruolo gestorio della farmacia, la stessa non è evidentemente riferibile al soggetto che un tale ruolo non rivesta nella compagine sociale».

Infine: «sul piano sistematico soccorre a ulteriormente confortare tale esegesi la considerazione che l'incompatibilità con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato, se era coerente con il precedente modello organizzativo – che, allo scopo di assicurare che la farmacia fosse comunque gestita e diretta da un farmacista, ne consentiva l'esercizio esclusivamente a società di persone composte da soci farmacisti abilitati, a garanzia dell'assoluta prevalenza dell'elemento professionale su quello imprenditoriale e commerciale –, coerente (quella incompatibilità) non lo è più nel contesto del nuovo quadro normativo di riferimento che emerge dalla citata legge n. 124 del 2017, che segna il definitivo passaggio da una impostazione professionale-tecnica della titolarità e gestione delle farmacie ad una impostazione economico-commerciale».

Dal momento in cui oggi è consentita «la titolarità di farmacie (private) in capo anche a società di capitali, di cui possono far parte anche soci non farmacisti, né in alcun modo coinvolti nella gestione della farmacia o della società, è conseguente che a tali soggetti, unicamente titolari di quote del capitale sociale (e non altrimenti vincolati alla gestione diretta da normative speciali), non sia pertanto più riferibile l'incompatibilità “con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico privato”, di cui alla lettera *c*) del comma 1 dell'art. 8 della legge n. 362 del 1991».

5. Piace sottolineare come tali argomenti coincidano, nella sostanza, con molti di quelli proposti nello studio richiamato all'inizio della presente nota. I casi di incompatibilità previsti dal «complesso e non coordinato» sistema di norme costituito dagli artt. 7 e 8 della legge n. 362 del 1991 devono, infatti, essere letti alla luce della «finalità liberalizzatrice e di apertura ad investitori della “riforma”»⁹, che altrimenti ne resterebbe frustrata¹⁰. Di qui la proposta di una «possibile

⁸ P. GUIDA – A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *Le società per la gestione delle farmacie private*, cit., 315.

⁹ P. GUIDA – A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *loc. ult. cit.*

¹⁰ P. GUIDA – A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *loc. ult. cit.*

chiave di lettura sistematica che confini le ipotesi di incompatibilità ai soli farmacisti (siano essi soci, siano essi solo direttori responsabili)»¹¹, che potrebbe rinvenirsi nel comma 7 dell'art. 8¹².

Si legge nel più volte citato studio che «il sistema sanzionatorio ivi previsto, dunque, sembra ricollegarsi esclusivamente a coloro che, soci o direttori responsabili, siano farmacisti iscritti all'albo poiché tanto la sospensione, quanto la sostituzione nella direzione della farmacia (alla quale oggi, anche dopo la legge 124, che ammette società senza soci farmacisti, deve comunque esser preposto un farmacista) non possono che riferirsi a soggetti con tale qualifica. In tale prospettiva, allora, si avrebbero due ambiti soggettivi di applicazione dell'incompatibilità: il primo, concernente “qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché ... l'esercizio della professione medica” che riguarderebbe qualsiasi socio; il secondo, cui si riferiscono le fattispecie di cui all'art. 8, che riguarderebbe i soli farmacisti»¹³. Peraltro – come sostenuto anche dalla Corte nella [sent. n. 11 del 2020](#) – la «conferma del diverso ambito soggettivo delle incompatibilità – l'una valevole per qualsiasi socio, l'altra per i soli farmacisti – sembra potersi desumere anche dalla disciplina successiva»¹⁴.

6. Un'ultima, rapidissima, notazione sul dispositivo della sentenza. Poiché il rigetto della questione è fondato sulla specifica interpretazione proposta dalla Corte nel *Considerato in diritto*, forse sarebbe stato opportuno che di ciò si fosse dato conto anche nel dispositivo, mediante l'impiego dell'usuale formula “nei sensi di cui in motivazione”. Ciò per motivi di “segnalatica giurisprudenziale”¹⁵, che rendano da subito edotto il lettore del fatto che la infondatezza della questione è legata ad una possibile lettura della disposizione censurata evidentemente diversa da quella proposta dal rimettente. D'altra parte, se la soluzione ermeneutica da seguire fosse stata proprio quella scartata dalla Corte, la decisione sarebbe stata, come si evince dalla lettura della sentenza, nel senso dell'incostituzionalità. Quello della [sent. n. 11 del 2020](#) non sembra, infatti, un mero rigetto, ma nella sostanza una infondatezza basata su un'interpretazione sistematica della disposizione censurata che ha il pregio di potersi dire conforme a Costituzione¹⁶.

Quest'ultima considerazione potrebbe apparire un “fronzolo”, per riprendere una parola impiegata all'inizio di questa breve nota. Forse non lo è, se guardata nella sua assolutezza, ma lo diviene nel contesto in cui ho voluto presentare questo scritto, adesivo nei confronti della motivazione della Corte e, ancor prima, delle argomentazioni offerte nel lavoro di cui mio fratello è stato coautore. Ciò che conta ora per me è quel «*Bog, ci abbiamo preso*». Ciao, fratello mio.

¹¹ P. GUIDA – A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *loc. ult. cit.*

¹² «La violazione delle disposizioni di cui al presente articolo e all'articolo 7 comporta la sospensione del farmacista dall'albo professionale per un periodo non inferiore ad un anno. Se è sospeso il socio che è direttore responsabile, la direzione della farmacia gestita da una società è affidata ad un altro dei soci. Se sono sospesi tutti i soci è interrotta la gestione della farmacia per il periodo corrispondente alla sospensione dei soci. L'autorità sanitaria competente nomina, ove necessario, un commissario per il periodo di interruzione della gestione ordinaria, da scegliersi in un elenco di professionisti predisposto dal consiglio direttivo dell'ordine provinciale dei farmacisti».

¹³ P. GUIDA – A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *op. cit.*, 316.

¹⁴ P. GUIDA – A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *loc. ult. cit.*, che fanno riferimento alla previsione (rimasta immutata) di cui all'art. 7, comma 9, della legge n. 362 del 1991.

¹⁵ Riprendo qui un'efficace espressione di L. ELIA, *Modeste proposte di segnalatica giurisprudenziale*, in *Giur. Cost.*, 2002, 3689 ss.

¹⁶ Peraltro, qualora quella interpretazione fosse stata davvero “pianamente” desumibile dal testo (attraverso una sua lettura sistematica) la Corte sarebbe persino potuta pervenire ad una decisione di inammissibilità (per “erroneo presupposto interpretativo”), nella specie già qualificata “eccessiva” in ragione della natura in realtà “ortopedica” della soluzione ermeneutica (conforme a Costituzione) posta a fondamento della [sent. n. 11 del 2020](#).

Anna Gragnani

I «punti di contatto» fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritti costituzionali come «rapporti multipolari di diritto costituzionale» (Sindacato «complessivo» di proporzionalità e «regola generale di preferenza» in funzione di monito preventivo al legislatore nella [sentenza n. 160/2019 della Corte costituzionale](#))*

ABSTRACT: *In the light of decision 160/2019 of the Constitutional Court, the paper focuses on the autonomy of the Italian sport legal order as a constitutional limit to the extent of the State legislation. On the basis of Santi Romano's theory of «plurality of legal orders» and of the theory of the «open constitutional State», the constitutional judge considers the conflicting connections between the issue of autonomy of the sport legal order and constitutional rights as a multipolar constitutional relationship. The paper also focuses on the proportionality test concerning multipolar constitutional relationships.*

SOMMARIO: 1. L'ordinamento sportivo fra teoria «ordinamentale» e teoria dello «Stato costituzionale aperto». – 2. I «punti di contatto» fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritto a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva come «rapporto multipolare di diritto costituzionale». – 3. Il sindacato di proporzionalità nei rapporti multipolari. – 4. Una sentenza di rigetto con monito preventivo al legislatore espresso in una «regola generale di preferenza»?

1. *L'ordinamento sportivo fra teoria «ordinamentale» e teoria dello «Stato costituzionale aperto».*

Per l'ordinamento statale, quello sportivo rappresenta «uno dei più significativi ordinamenti autonomi»¹. Invero, è una formazione sociale particolarmente diffusa quale luogo di sviluppo della persona umana², che persegue, fra gli altri, interessi di assoluta rilevanza costituzionale, come la tutela della salute,³ e dà luogo all'esercizio di attività professionali e imprenditoriali alle quali sono collegati ingenti interessi economici⁴.

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ In tal senso anche [Corte cost., sent. 11 febbraio 2011, n. 49](#), n. 4.1 del *Considerato in diritto*. Si tratta di una sentenza interpretativa di rigetto che ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, lett. b), e 2, del d.l. 19 agosto 2003, n. 220, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280, impugnato, in riferimento agli artt. 24, 103 e 113 Cost., nella parte in cui riserva al giudice sportivo la competenza a decidere le controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari, diverse da quelle tecniche, inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive, sottraendole al sindacato del giudice amministrativo, anche ove i loro effetti superino l'ambito dell'ordinamento sportivo, incidendo su diritti soggettivi ed interessi legittimi. La Corte ha evidenziato come allorché tali sanzioni incidano su una situazione soggettiva che abbia consistenza tale da assumere il rilievo di diritto soggettivo o di interesse legittimo, in base al diritto vivente del giudice dotato di giurisdizione esclusiva in materia secondo la legge, è riconosciuta la tutela risarcitoria, la quale non è preclusa dalla riserva al giudice sportivo dell'irrogazione delle sanzioni disciplinari. Ha inoltre precisato che la possibilità di ottenere dal giudice statale soltanto tale forma di tutela non viola l'art. 24 Cost. ed è giustificata dall'esigenza di salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento sportivo. Sulla medesima sentenza, fra gli altri, A. E. BASILICO, *L'autonomia dell'ordinamento sportivo e il diritto ad agire in giudizio: una tutela "dimezzata"?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 734 ss.; G. MANFREDI, *Ordinamento statale e ordinamento sportivo tra pluralismo giuridico e diritto globale*, in *Diritto amministrativo*, 2012, 299 ss.; A. PALMIERI, *Tutela giurisdizionale dimezzata per le sanzioni disciplinari in ambito sportivo*, in *Foro it.*, 2011, c. 2611 ss.

² Su questo profilo, P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato*, Milano, Giuffrè, 2006, 209 ss., per l'osservazione che queste formazioni sociali da proiezione dell'individuo come occasione di libera manifestazione della sua personalità sono poi considerate titolari di interessi differenti dell'individuo e ad esso superiori.

³ Cfr., T. PENSABENE LIONTI, *Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona*, in *Dir. amm.*, 2012, 415 ss.

⁴ Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2007, 33 ss. Sul punto cfr. [Corte cost., sent. 49/2011](#), n. 4.3 del *Considerato in diritto*, la quale richiama l'attenzione sulla circostanza che «la possibilità, o meno, di essere affiliati ad una Federazione sportiva o tesserati presso di essa nonché la possibilità, o meno, di essere ammessi a svolgere attività agonistica disputando le gare ed i

Si comprendono, pertanto, le frequenti intersezioni fra lo Stato e l'ordinamento sportivo, ordinamento autonomo che, sul piano nazionale, inverte la teoria di Santi Romano⁵, alla stregua della quale nella vita sociale operano istituzioni che nell'esercizio della loro autonomia si danno proprie regole, le quali sono rispettate dall'ordinamento statale⁶.

La Corte costituzionale, di recente, ha precisato che si tratta di un ordinamento che ha i caratteri tradizionali di un ordinamento giuridico, ossia «plurisoggettività, organizzazione e normazione propria»⁷. Peraltro, al tempo stesso, l'ordinamento sportivo nazionale è «un'articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale». Lo attesta l'art. 1 del d.l. n. 220/2003⁸, sicché non è fuori luogo, con i molti opportuni adattamenti, l'accostamento dei rapporti fra ordinamento statale e ordinamento sportivo nella dimensione concettuale dello «Stato costituzionale aperto», figura dogmatica evocata dalla Corte costituzionale nella sentenza in esame allorché afferma:

Nel quadro della *struttura pluralista della Costituzione, orientata all'apertura dell'ordinamento dello Stato ad altri ordinamenti*, anche il sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui si esprime la sua personalità (art. 2 Cost.) e che assicurano il diritto di associarsi liberamente per fini che non sono vietati al singolo dalla legge penale (art. 18 Cost.)⁹.

La categoria dello «Stato costituzionale aperto», come noto, è stata elaborata dalla letteratura tedesca per indicare l'apertura dell'ordinamento costituzionale a nuovi sistemi di cooperazione e integrazione ultra-statale e trova la sua più intensa realizzazione nelle cosiddette «clausole di apertura» stabilite dagli artt. 23 e 24 GG, le quali «aprono la porta» dell'ordinamento giuridico interno

campionati organizzati dalle Federazioni sportive facenti capo al CONI – il quale, a sua volta, è inserito, quale articolazione monopolistica nazionale, all'interno del Comitato Olimpico Internazionale – non è situazione che possa dirsi irrilevante per l'ordinamento giuridico generale e, come tale, non meritevole di tutela da parte di questo. Ciò in quanto è attraverso siffatta possibilità che trovano attuazione sia fondamentali diritti di libertà – fra tutti, sia quello di svolgimento della propria personalità, sia quello di associazione – che non meno significativi diritti connessi ai rapporti patrimoniali – ove si tenga conto della rilevanza economica che ha assunto il fenomeno sportivo, spesso praticato a livello professionistico ed organizzato su base imprenditoriale – tutti oggetto di considerazione anche a livello costituzionale».

⁵ Un'originale lettura è suggerita, peraltro, da L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1 ss., come «la riserva costituzionale di libertà e autonomia privata» sia sufficiente a salvare il mondo dello sport da inammissibili intrusioni dello Stato senza dover trasformare il medesimo mondo in un'immagine somigliante allo Stato allo scopo, mediante la teoria ordinamentale, per poi distinguersene. L'Autore, dopo un'analisi ad ampio raggio, conclude nel senso che: la nozione di «ordinamento sportivo» può essere ancora impiegata, dato che è entrata nell'uso corrente e compare, fra l'altro, all'art. 117, comma 3, Cost., ma a condizione che essa sia «resa innocua», così, 20, citazione, quest'ultima, che rinvia P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato*, cit., 209.

⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, I^a ed. Pisa, Spoerri, 1918, II^a ed. Firenze, Sansoni, ed. rielaborata, 1946; G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007. Una diversa e originale lettura del fenomeno sportivo, è suggerita, peraltro, da L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1 ss. L'Autore osserva come «la riserva costituzionale di libertà e autonomia privata» sia sufficiente a salvare il mondo dello sport da inammissibili intrusioni dello Stato e dopo un'analisi ad ampio raggio, conclude nel senso che la nozione di «ordinamento sportivo» può essere ancora impiegata, dato che è entrata nell'uso corrente e compare, fra l'altro, all'art. 117, comma 3, Cost., ma a condizione che essa sia «resa innocua», così, 20; citazione, quest'ultima, che rinvia P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato*, cit., 209.

⁷ Cfr., [Corte cost., sent. 25 giugno 2019, n. 160](#), n. 3.2.2. del *Considerato in diritto*. Su questi profili, fra gli altri, C. CASTRONOVO, *Pluralità degli ordinamenti, autonomia sportiva e responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 545 ss., per l'osservazione che in un ordinamento giuridico plurale, dove l'ordinamento statale coesiste con una pluralità di ordinamenti paralleli, il significato di questa autonomia si coglie nel riconoscimento di ciascun ordinamento «come sistema normativo relativamente all'ambito suo proprio», sicché, le regole che esso stabilisce, entro i medesimi confini, producono effetti giuridici riconosciuti da ciascuno degli altri ordinamenti, ma solo in tale ambito.

⁸ Cfr. decreto-legge, 19 agosto 2003, n. 220, convertito, con modificazioni, nella legge 17 ottobre 2003, n. 280. Sulla dimensione internazionale, P. D'ONOFRIO, *Il rapporto tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo nell'attuale contesto costituzionale*, cit.

⁹ Così, [Corte costituzionale, cfr. sentenza 25 giugno 2019, n. 160](#), n. 3.2.2 del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

al diritto internazionale o sovranazionale. Un'apertura che trova espressione nel criterio interpretativo della cosiddetta «amichevolezza» (*Freundlichkeit*) per il diritto internazionale e per il diritto europeo. All'immagine del carattere aperto è associata l'idea di una compensazione della perdita di autonomia e sovranità dello Stato dovuta alla globalizzazione, con il fondamento di responsabilità comuni in un'istituzione sovranazionale. Il legislatore nazionale, infatti, trasferisce gradualmente «dal basso» poteri sovrani e l'organismo sovranazionale sfrutta appieno «dall'alto» i poteri sovrani che gli sono conferiti con l'ordine nazionale di esecuzione. Di riflesso, gli Stati membri vedono limitate le sfere delle loro attribuzioni e modificata la loro competenza¹⁰.

Nella sentenza in esame, quindi, il riferimento all'apertura dell'ordinamento costituzionale significa riconoscimento dell'ordinamento sportivo nazionale — a sua volta articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale — e implica la conseguente necessaria limitazione della competenza regolativa dello Stato per assicurare il rispetto dell'autonomia dell'ordinamento sportivo ma, al tempo stesso, anche il riconoscimento di inevitabili «punti di collegamento» fra i due ordinamenti, che il legislatore deve disciplinare a garanzia dei diritti costituzionali inviolabili.

Sul piano dei rapporti fra lo Stato e l'ordinamento sportivo nazionale, si osserva che la legislazione statale, fino ad oggi, ha regolato tali intersezioni, ossia i cosiddetti «punti di collegamento», in prevalenza, mediante interventi legislativi¹¹ connotati da un carattere meramente «reattivo»¹², con la particolarità che l'urgenza del provvedere è stata occasionata, non di rado, dall'esigenza di rimediare a scandali di notevole risonanza e a situazioni che hanno ferito «il comune senso della giustizia»¹³. Di qui, il carattere scoordinato e instabile della cornice normativa¹⁴, che nella sua clamorosa evidenza non è passata inosservata nemmeno agli occhi sconcertati degli studiosi stranieri¹⁵.

L'occasione per compiere una svolta nella direzione di una razionalizzazione normativa adeguata all'importanza dei ricordati «punti di collegamento» potrebbe essere impressa dall'attuazione della recentissima legge n. 86/2019, che delega il Governo alla disciplina di rilevanti aree e alla

¹⁰ Cfr., C. CALLIESS, Art. 24, comma 1, GG in *Grundgesetz-Kommentar*, a cura di T. MAUNZ, G. DURIG, München, Beck, VIII^a ed., 2019, numero a margine, (*Randnummer*) RN 1 ss. Lineamenti essenziali di una teoria dello Stato «trans-moderno» come «stato costituzionale aperto» sono stati elaborati da U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten: Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, in particolare, 133 ss.; cfr. tema con un'ampia ricostruzione storica sul concetto di Stato, S. HOBE, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz: Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im ... institutionalisierender Kooperation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998. Nella letteratura italiana, A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè 2010.

¹¹ L'espressione è utilizzata dalla Corte costituzionale, cfr. [sentenza 25 giugno 2019, n. 160](#), n. 3.2.2 del *Considerato in diritto* ed è corrente nella letteratura. Traccia un quadro preciso del fenomeno dell'intersezione o «collegamento», dal quale, per converso, si identificano le aree di separazione fra ordinamento statale e ordinamento sportivo, C. CASTRONOVO, *Pluralità degli ordinamenti, autonomia sportiva e responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 545 ss.

¹² Sulle leggi «reattive», M. KLOEPFER, in *Gesetzgebung im Rechtsstaat. Selbstbindungen der Verwaltung: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Trier vom 30. September - 3. Oktober 1981*, in *VVDStRL* 40 (1982), 63 ss.; T. BRANDNER, *Gesetzänderung*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, 94 ss., G.F., SCHUPPERT, *Staatswissenschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 501 ss. Sul tema, cfr. E. LONGO, *La legge precaria*, Torino, Giappichelli, 2017, *passim*, che riferisce, peraltro, la categoria della legge «precaria» a un ben più significativo fenomeno, ossia alle trasformazioni della funzione legislativa di fronte a inevitabili nuove esigenze di regolazione.

¹³ L'espressione è di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto*, cit., 33, che ne offre un desolante panorama, 42 ss.

¹⁴ Per un inquadramento dei più recenti sviluppi, P. D'ONOFRIO, *Il rapporto tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo nell'attuale contesto costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 2019; R. GRILLO, *La giustizia sportiva nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria: questioni attuali e prospettive future*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2019, 21 ss.

¹⁵ B. PFISTER, *Überblick über das italienische Sportrecht*, in *Zeitschrift für Sport und Recht*, 2015, 235 ss.

semplificazione del settore¹⁶, negli spazi consentiti dalla competenza concorrente dello Stato in materia di ordinamento sportivo (art. 117, comma 3, Cost.), ma già la recente legge 145/2018 ha introdotto innovazioni di importanza strutturale, regolando, fra l'altro, la fondamentale materia della ammissione e/o esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche¹⁷.

Nel contesto appena delineato e con particolare riferimento al progettato riassetto normativo, acquista particolare interesse la sentenza 160/2019 della Corte costituzionale, che merita attenta considerazione non tanto per l'esito del giudizio, del tutto prevedibile, dato che il giudice *a quo* lamentava, fra l'altro, l'incostituzionalità dell'interpretazione conforme a Costituzione resa dalla stessa Corte in una precedente decisione su analoga questione¹⁸, quanto, piuttosto per la particolare prospettiva di osservazione e valutazione, suggerita dalla Corte, riguardo al rapporto fra garanzia costituzionale dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e garanzia costituzionale dei diritti inviolabili, nonché per l'enunciazione, seppure appena accennata, di una «regola di preferenza», intesa a guidare la definizione della misura nella quale allo Stato è consentito interferire con le sue leggi nell'autonomia dell'ordinamento sportivo. Regola, quest'ultima, che potrebbe rivelarsi parametro fondamentale per la legittimità costituzionale della disciplina di attuazione della sopra ricordata delega e della ulteriore disciplina statale che intenda regolare «punti di collegamento» fra l'ordinamento generale e l'ordinamento sportivo.

2. I «punti di contatto» fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritto a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva come «rapporto multipolare di diritto costituzionale».

La sentenza 160/2019 della Corte costituzionale si pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, lettera b), e 2, del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220 *Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva*, nella parte in cui stabilisce che è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto «i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive» (comma 1, lettera b), e che in tale materia «le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati hanno l'onere di adire, secondo le previsioni degli statuti e regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive di cui gli articoli 15 e 16 del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo» (comma 2).

Secondo il giudice *a quo*, le citate disposizioni presenterebbero profili di illegittimità costituzionale anche nell'interpretazione fornita dalla [sentenza n. 49 del 2011](#), dato che in base a tale pronuncia, resa su questioni analoghe, nelle controversie aventi per oggetto sanzioni disciplinari sportive non tecniche incidenti su situazioni soggettive rilevanti per l'ordinamento statale, è possibile proporre domanda di risarcimento del danno al giudice amministrativo in regime di giurisdizione esclusiva, mentre resta sottratta alla sua giurisdizione la tutela di annullamento, con conseguente violazione degli artt. 103 e 113 Cost. sotto profili «non compiutamente esaminati» dalla precedente pronuncia della Corte, perché, ad avviso del giudice rimettente, assorbiti¹⁹.

¹⁶ Precisamente, si tratta della l. 8 agosto 2019, n. 86, *Deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione*. Per un esame, R. GRILLO, *La giustizia sportiva nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria: questioni attuali e prospettive future*, cit., 31 ss.

¹⁷ Cfr. la l. 30 dicembre 2018, n. 145 (*legge di bilancio 2019*), che, fra l'altro, introduce la competenza funzionale del T.A.R. Lazio, sede di Roma, per le controversie relative ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche sopra ricordate (art. 135, comma 1, lett. c) del Codice del processo amministrativo). Per un quadro della più recente disciplina relativa all'ordinamento sportivo, R. GRILLO, *op. ult.*, cit., 27 ss.

¹⁸ Si tratta della sopra ricordata sentenza 49/2011.

¹⁹ Cfr. [Corte cost., sent. 160/2019](#), n. 1 del *Considerato in diritto*.

La Corte conferma il proprio precedente orientamento e dichiara, pertanto, l'infondatezza delle questioni.

La peculiarità della prospettiva seguita dalla Corte costituzionale in merito al conflitto fra esigenze di autonomia dell'ordinamento sportivo (artt. 2 e 18 Cost.) ed esigenze di garanzia del diritto a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva (artt. 24, 103 e 113, Cost.) consiste nell'accurata strutturazione del sindacato di legittimità costituzionale e, in particolare del controllo di proporzionalità²⁰, che tiene conto delle specificità dovute al carattere multipolare del rapporto di diritto costituzionale oggetto del giudizio²¹.

Segnatamente, la Corte muove dalla considerazione che nella «disciplina legislativa dei meccanismi di collegamento, anche diretto, fra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale», lo Stato, da una parte, deve tenere conto «dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e delle previsioni costituzionali in cui essa trova radice» ma, al tempo stesso, dall'altra parte, deve tenere conto che la medesima autonomia incontra un limite insuperabile nel necessario rispetto dei principi e dei diritti costituzionali confliggenti. La valutazione del legislatore e la successiva verifica ad opera della Corte, dunque, non presentano le stesse caratteristiche che esse assumono nel classico rapporto bipolare Stato-individuo, come sarà illustrato nel dettaglio fra poco.

Inoltre, prima di vagliare la compatibilità con la Costituzione del punto di equilibrio individuato dal legislatore, la Corte costituzionale precisa che

*La regolamentazione statale del sistema sportivo deve [dunque] mantenersi nei limiti di quanto risulta necessario al bilanciamento dell'autonomia del suo ordinamento con il rispetto delle altre garanzie costituzionali che possono venire in rilievo, fra le quali vi sono – per quanto qui interessa trattando della giustizia nell'ordinamento sportivo – il diritto di difesa e il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale presidiati dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.*²².

Si tratta di una significativa restrizione della «competenza regolativa» del legislatore riguardo all'estensione della disciplina legislativa dell'ordinamento sportivo. La limitazione, invero, è riferita direttamente all'esercizio della competenza, non al merito della disciplina che essa stabilisce. In tal modo, la Corte esprime quella che, con riferimento alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, è indicata come «regola generale di preferenza» (*generelle Vorrangregel*), in questo caso a

²⁰ Peraltro, il medesimo principio non è espressamente richiamato nella sentenza in esame, come del resto in altre occasioni nelle quali esso ha trovato applicazione ad opera della Corte costituzionale. Sull'ingresso, spesso soltanto implicito, del sindacato di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale, accanto al tradizionale controllo di ragionevolezza, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf; ID. *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante: scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER, Torino, Einaudi, 2016, 463 ss.. L'elaborazione della categoria dogmatica del «divieto» di interventi «sovramisura», *Übermaßverbot*, divenuta presto fondamentale nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale, tanto che il medesimo principio è non di rado designato proprio come *Übermaßverbot*, è dovuta a P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, I^a ed., Köln, Heymanns, 1961, II^a ed., Goldbach, Keip, 1999, *passim*, *ivi*, anche sul principio di proporzionalità in ciascuno degli altri passaggi argomentativi. Fondamentale sul medesimo principio la rielaborazione di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, 100 ss., il quale lo deduce dalla struttura dei diritti costituzionali; un quadro sintetico in A. VOBKUHLE, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in *JuS* 2007, 429 ss. Nella letteratura italiana, sul principio di proporzionalità, A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2016, 697 ss., 703 ss., che lo esamina dalla prospettiva del diritto amministrativo ma con approfondimenti di notevole interesse anche per la giustizia costituzionale, specialmente per l'esame dei rapporti fra proporzionalità e ragionevolezza.

²¹ Sui rapporti multipolari, C. CALLIESS, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, in *JZ*, 2006, 321 ss; nella letteratura italiana, sui rapporti multipolari con riferimento alle decisioni amministrative, D. G. GALETTA, M. IBLER, *Decisioni amministrative 'multipolari' e problematiche connesse: la libertà di informazione e il diritto alla riservatezza in una prospettiva di Diritto comparato (Italia – Germania)*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2015.

²² Cfr., [Corte cost., sent. 160/2019](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/consentite/160/2019), n. 3.2.2. del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

favore dell'autonomia dell'ordinamento sportivo²³. Un criterio astratto, che funge da ausilio nello svolgimento del sindacato di proporzionalità e che incontra, secondo le circostanze, possibili eccezioni e limiti. Nel caso in esame, la Corte li enuncia nel passaggio successivo:

In termini concreti tutto ciò²⁴ fa sì che *la tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, se non può evidentemente comportare un sacrificio completo* della garanzia della protezione giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, può tuttavia giustificare scelte legislative che, senza escludere tale protezione, la conformino in modo da evitare intromissioni con essa “non armoniche”, come il legislatore ha valutato che fosse, nel caso in esame, la tutela costitutiva²⁵.

La garanzia costituzionale dell'autonomia dell'ordinamento sportivo incontra, sempre, ovviamente, il limite inviolabile del rispetto del nucleo essenziale dei diritti costituzionali.

Convieni ora esaminare le particolarità del sindacato di proporzionalità nei rapporti multipolari.

3. *Il sindacato di proporzionalità nei rapporti multipolari.*

La caratteristica inscindibilità degli effetti antagonisti sopra descritti, cioè la necessità della contestuale garanzia dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e, contestualmente di un adeguato livello di garanzia del diritto alla pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, fa sì che ciascuna delle due garanzie possa essere definita compiutamente nella sua concreta portata soltanto nella cornice di un bilanciamento globale che, successivamente, deve essere verificato attraverso un sindacato di proporzionalità anch'esso complessivo, che è assai più complicato rispetto al tradizionale controllo di proporzionalità, originariamente concepito con riferimento a rapporti bipolari fra cittadino e Stato, ossia riguardo alle indebite ingerenze dello Stato in una determinata sfera di libertà individuale²⁶.

In proposito, conviene ricordare i singoli passaggi ideati con riferimento ai rapporti bipolari, dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, benché, nell'esperienza italiana, la Corte costituzionale, anche quando fa applicazione del principio di proporzionalità, non li argomenti distintamente nelle motivazioni delle sentenze²⁷, anzi, spesso nemmeno nomina lo stesso principio, come nel caso in esame, dove, peraltro, come meglio risulterà in seguito, la Corte ne ha fatto evidente impiego.

Precisamente, il sindacato inizia con la verifica della legittimità dello scopo regolativo perseguito dalla disposizione legislativa sottoposta a sindacato; prosegue con la valutazione della sua idoneità a

²³ Cfr., ad esempio, il Tribunale costituzionale federale tedesco (*BVerfGE*, 35, 202) relativa alla trasmissione di un documentario su un delitto per il quale il ricorrente era stato condannato alla pena della reclusione. Veniva in considerazione, pertanto, il bilanciamento tra il diritto di cronaca e la tutela della personalità. Il Tribunale costituzionale federale afferma che, in relazione alla cronaca d'attualità su gravi fatti di reato, l'interesse dell'opinione pubblica ad essere informata *prevale* in via di principio sulla tutela della personalità del reo. Tuttavia merita riguardo, oltre alla protezione della sfera più intima e inviolabile della vita personale, il principio di proporzionalità, per cui l'identificazione dell'autore del reato attraverso il nome e l'immagine non è sempre ammissibile. La tutela costituzionale della personalità non ammette che la televisione, al di là della cronaca di attualità, si occupi a notevole distanza di tempo, per esempio in forma di documentario, della personalità dell'autore del reato e della sua sfera privata. Infine — conclude il Tribunale — una cronaca successiva è in ogni caso inammissibile, laddove essa sia in grado di arrecare un nuovo ed ulteriore danneggiamento alla personalità dell'autore, ed in particolare sia in grado di mettere in pericolo la sua risocializzazione. Sulle «generalì regole di preferenza» enunciate in astratto e sulla loro concreta applicazione nel sindacato di proporzionalità, D. COUZINET, *Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Einführung, Strukturhinweise, Anwendung in der Fallbearbeitung*, in *Juristische Schulung*, 2009, 603 ss.

²⁴ Vale a dire i limiti indicati nel passaggio riportato in precedenza.

²⁵ Cfr., [Corte cost., sent. 160/2019](#), n. 3.2.2. del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

²⁶ Cfr., C. CALLIÈSS, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, in *JuristenZeitung*, 2006, 321 ss;

²⁷ Lo mette in evidenza, M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit.

conseguirlo (*Geeignetheit*); segue la verifica della «necessità» (*Erforderlichkeit*) delle limitazioni dei diritti costituzionali previste da tale disciplina, ossia la verifica dell'inesistenza di mezzi egualmente efficaci, ma meno invasivi delle garanzie costituzionali, capaci di conseguire il medesimo risultato. È in questo passaggio che il controllo di proporzionalità è più complicato riguardo ai rapporti multipolari perché la questione relativa all'inesistenza di alternative meno pregiudizievoli delle garanzie costituzionali deve dare una risposta che valga contestualmente per ciascuna delle due situazioni in conflitto, ossia il mezzo prescelto deve essere il meno invasivo per la sfera di autonomia garantita e, al tempo stesso, deve soddisfare nel modo meno pregiudizievole possibile le esigenze di garanzia contrapposte. Deve inoltre tenere conto dell'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore. Infine, il giudice costituzionale procede al controllo di adeguatezza (*Angemessenheit*), cioè della tollerabilità per l'ordinamento costituzionale del sacrificio imposto in rapporto allo specifico scopo regolativo perseguito²⁸.

La conclusione raggiunta dalla Corte nel caso di specie nel senso dell'adeguatezza della previsione soltanto del risarcimento per equivalente e non anche della tutela demolitoria, è argomentata in modo coerente con le premesse sopra ricordate.

In particolare, la Corte ha evidenziato come, la limitazione della tutela al solo risarcimento del danno ossia alla tutela per equivalente si imponga in questioni nelle quali *l'autonomia e la stabilità dei rapporti costituisce di regola dimensione prioritaria* rispetto alla tutela reale in forma specifica, per il rilievo che i profili tecnici e disciplinari hanno nell'ambito del mondo sportivo. Ambito nel quale, invero, le regole proprie delle varie discipline e delle relative competizioni si sono formate autonomamente secondo gli sviluppi propri dei diversi settori e si connotano normalmente per un forte grado di specifica tecnicità che va per quanto possibile preservato²⁹.

La scelta del legislatore è giustificata alla luce della sopra ricordata «regola generale di preferenza» diretta a salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento sportivo rispetto all'ingerenza del potere regolativo statale, tenuto conto che la limitazione alla sola tutela per equivalente non incide sul nucleo essenziale del diritto inviolabile a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. La Corte ha precisato che, infatti, *la tutela demolitoria degli interessi legittimi*, contrariamente a quanto asserito dal ricorrente, *non ha affatto carattere costituzionalmente necessitato*³⁰. L'applicazione della sopra ricordata regola di preferenza non ha violato, dunque, il limite insuperabile della garanzia indefettibile del contenuto essenziale dei medesimi interessi. In proposito, ha aggiunto il giudice costituzionale, non solo le limitazioni previste restano «nell'ambito di ciò che è *costituzionalmente tollerabile*» in relazione alle esigenze di bilanciamento del caso, ma si tratta anche di limitazioni già previste dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, in altri settori dell'ordinamento³¹.

D'altra parte, osserva la Corte, «nell'ambito di una vicenda connotata pubblicisticamente quale quella in esame, l'accertamento incidentale condotto dal giudice amministrativo sulla legittimità dell'atto, di cui anche gli organi dell'ordinamento sportivo non possono non tenere conto»³².

Infine, l'esclusione della tutela demolitoria non comporta conseguenze «costituzionalmente inaccettabili nemmeno sul piano della *adeguatezza* della tutela cautelare» data l'ampiezza e atipicità degli strumenti cautelari di cui il giudice amministrativo dispone.³³

²⁸ Cfr., P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, cit.; A. VOBKUHLE, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit.; con speciale riferimento ai rapporti multipolari, C. CALLIESS, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, cit.

²⁹ Cfr. [Corte cost., sent. 160/2019](#), n. 3.2.2 del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

³⁰ Cfr. [Corte cost., sent. 160/2019](#), n. 3.2.3 del *Considerato in diritto*.

³¹ Cfr. [Corte cost., sent. 160/2019](#), n. 3.2.4 del *Considerato in diritto*. Per un quadro esauriente e approfondito delle differenti forme di tutela, fra gli altri, S. DE FELICE, *Le tecniche di tutela del giudice amministrativo nei confronti dei comportamenti illeciti della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 869 ss.

³² Cfr. [Corte cost., sent. 160/2019](#), n. 3.2.4 del *Considerato in diritto*.

³³ Cfr. [Corte cost., sent. 160/2019](#), n. 3.2.4 del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

4. Una sentenza di rigetto con monito preventivo al legislatore?

In dottrina la [sentenza 160/2019](#) è stata letta come un monito al futuro legislatore «ad astenersi dal rivedere la materia», ossia dal rimettere in discussione la disciplina di quel fondamentale punto di intersezione fra i due ordinamenti che attiene alle forme di tutela avverso le sanzioni disciplinari illegittimamente irrogate dall'ordinamento sportivo. Secondo la medesima dottrina, il monito sarebbe stato occasionato dal «disegno del passato Governo di “imbavagliare” anche su questo fronte l'autonomia dell'ordinamento sportivo»³⁴.

Indipendentemente da tali specifiche e contingenti considerazioni, l'impressione che la Corte abbia rivolto in via preventiva al futuro legislatore un monito di «leale astensione» a garanzia del rispetto dell'autonomia dell'ordinamento sportivo pare fondata. In tal senso può essere letta la formulazione della «regola generale di preferenza» a vantaggio dell'ordinamento sportivo sopra illustrata, dato che non era strettamente necessaria per la soluzione della questione oggetto del giudizio. Si tratta, invero, di una regola che potrebbe essere sviluppata in uno specifico criterio di sindacato sulle leggi statali che disciplinano l'ordinamento sportivo per verificare, riprendendo le parole della Corte, se la regolamentazione statale del sistema sportivo si sia mantenuta «nei limiti di quanto risulta necessario al bilanciamento dell'autonomia del suo ordinamento con il rispetto delle altre garanzie costituzionali che possono venire in rilievo», senza assumere scopi regolativi ulteriori, che non sarebbero consentiti alla legge statale in pregiudizio della medesima autonomia. Tuttavia, ogni «regola generale di preferenza» così come ogni chiarimento interpretativo formulato dal giudice costituzionale può rivestire il significato di invito al legislatore a rispettare la Costituzione come interpretata dalla Corte costituzionale.

³⁴ R. GRILLO, *La giustizia sportiva nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria: questioni attuali e prospettive future*, cit., 48 ss.

Giancarlo Guarino

Migrazioni e migranti: per la ricostruzione di una prevalenza strutturale del diritto internazionale sul diritto interno*

ABSTRACT: *Taking the cue from the question of migrations, the contribution analyses the crucial question of the relations between international and national law, short of the kelsenian theory of the supremacy of international law, to ascertain in which measure the idea of the "intangibility" of National law, and in particular the fundamental principles of Constitutional law of the single States is really actual, as many scholars assert. One of the fundamental question therefore is: how the principle of the freedom of each man of abandoning one's own country (art. 12.2 International Covenant on Civil and Political Rights: "Everyone shall be free to leave any country, including his own") is compatible with the principle of sovereignty of States, to conclude that, being sovereignty an "Institute" of international law, is the same international law the sole having jurisdiction on the extent of the State-sovereignty.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Diritto internazionale e diritto interno: stranieri, migranti e diritto internazionale. - 3. Diritto internazionale, soggetti, stati e ordinamenti giuridici interni. - 4. La struttura dei rapporti tra ordinamenti internazionale e interni: gerarchia o anarchia. - 5. Diritto internazionale e anarchia. - 6. Prassi, consuetudine e norme di diritto internazionale. - 6.1. *La formazione "dialettica" delle norme generali. L'uguaglianza sovrana.* - 6.2. *La funzione della prassi.* - 6.3. *Diritto internazionale e fatto.* - 7. Conclusioni. - 7.1. *Il coordinamento tra le norme di diritto internazionale quelle di diritto interno.* - 7.2. *Il conflitto tra diritti e la sua soluzione: la scelta dell'ordinamento di destinazione.*

1. Introduzione.

Lo scopo principale delle righe che seguono è quello di illustrare come, rispetto al fenomeno particolare del trattamento del problema delle migrazioni, i sistemi legislativi, o meglio normativi, interessati, si coordinino *obbligatoriamente* in modo da definire una graduazione di applicabilità fra di essi, pur non di tipo gerarchico, ma di logica sistemica: ciò non pertanto rigorosamente obbligatoria. Il tema, infatti, è oggetto di normative statali, di organizzazioni internazionali e di diritto internazionale generale e pattizio.

Sotteso all'intero tema, e sempre, è il tema cardine, di diritto internazionale e di diritto interno, del principio di sovranità, la cui "assolutezza" si trova a dover essere graduata e pertanto attenuata, per la presenza di norme che ne limitano necessariamente la presunta portata¹. Il principio di sovranità o meglio *la sovranità*, perciò e come vedremo, risulterà per quello che è: un istituto giuridico di diritto internazionale regolato dal diritto internazionale. *Regolato*, e quindi un istituto il cui contenuto e i cui *limiti* e modalità di applicazione sono regolati dal diritto, internazionale e interno, e non dalla volontà del singolo soggetto, che ne è il titolare. Sottolineo "limiti" per affermare che la sovranità, lungi dal sostanzarsi nel potere assoluto *legibus solutus* di un ente nei confronti di tutti i propri simili e della stessa Comunità internazionale, come spesso si afferma, è, invece, in quanto *istituto giuridico* del diritto internazionale, assoggettato a limiti, a modalità, a tempi di esercizio, definiti dall'Ordinamento internazionale².

Come perciò vedremo, la ricostruzione teorica dei rapporti tra sistemi normativi e quindi tra norme³, è tutt'altro che astratta, dato che ha effetti concreti e diretti sulla validità stessa e comunque sulla applicazione, e sulla stessa legittimità della applicazione delle disposizioni legislative che sono destinate ad essere applicate alle fattispecie in esame, tanto che le norme statali, emesse in nome del

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.

Destinato, con poche marginali modifiche, anche agli scritti in onore di Massimo Panebianco.

¹ V. ad es. già L. RAGGI, *La teoria della sovranità, contributo storico e ricostruttivo alla dogmatica del diritto pubblico*, Genova, A. Donath Editore, 1908, 251 ss.

² Altra ovviamente è la definizione della sovranità dal punto di vista del diritto interno, v. sul punto *infra*, il § 4.

³ Destinata, poi e come vedremo, a diventare *la* norma che regola *quella* fattispecie.

principio di sovranità e per difendere quel principio, possono risultare non solo illegittime dal punto di vista internazionale, ma inapplicabili, *giuridicamente inapplicabili quando non addirittura illegittime* dal punto di vista dello stesso diritto *interno* dello stato interessato, quando addirittura non inneschino il meccanismo della *responsabilità personale* di chi quelle norme *ha fatto e ha applicato e applica* alla luce dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale. Anzi, non è nemmeno da escludere che, magari solo come soluzione “estrema”, si possa addivenire, per le norme di diritto internazionale generale ad una soluzione non diversa da quella che nel diritto interno italiano, è stata elaborata in riferimento al diritto dell’UE, con la conseguente possibilità (anche qui, molto probabilmente) del giudice e dell’amministratore di *non applicare* la norma interna laddove il conflitto con quella internazionale sia insuperabile. Ciò, aggiungo, anche in quegli ordinamenti che non dispongano di norme del tipo di quelle italiane degli artt. 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost. Ma, del resto, anche nei paesi di common law, la cosa, almeno formalmente è acquisita, in virtù del principio «*International law is part of the law of the Land*»⁴.

E dunque, innanzitutto due parole sul tema della astrattezza. Solo per ricordare in realtà una banalità che merita di essere ricordata solo perché i vari “legislatori” spesso la dimenticano o la disprezzano, pur essendo la prima cosa che si impara in una Facoltà di Giurisprudenza: le leggi sono generali e astratte, nel senso che una disposizione di legge, per precisa ed analitica che sia non può mai prevedere, né deve o dovrebbe proporsi di prevedere, e regolare analiticamente tutte le ipotesi, tutte le fattispecie, che da quella legge dovranno essere regolate e quindi indica un metodo, un principio, una regola generale da adattare, caso per caso, alle circostanze E, è appena il caso di ricordarlo, “adattare”, che poi vuol dire interpretare, è ciò che compete ai giudici. Viceversa è un fenomeno molto ricorrente, appunto nei legislatori, quello di cercare – che poi vuole solo dire “credere” - di regolamentare tutte le possibili fattispecie per poi stupirsi o scandalizzarsi che “la legge non sia applicata”, la lettera della legge, perché dimenticano che le variabili che possono portare alla creazione di una fattispecie sono estremamente numerose e incontrollabili, per cui, anche nei confronti della più precisa e analitica delle disposizioni normative, prima o poi la collocazione nel sistema giuridico e la soluzione della fattispecie stessa dipenderanno invariabilmente dalla interpretazione sia della fattispecie che della disposizione così come inquadrata nell’intero sistema giuridico, che vuol dire dalla ricostruzione della *norma*, della quale la disposizione legislativa è solo un aspetto, un elemento.

Il che ci porta al tema della *complessità* del sistema giuridico e della stretta e inscindibile interdipendenza delle varie parti di esso e quindi dei vari ordinamenti che lo compongono. Cui si collega il tema più importante, sulle modalità di graduazione delle norme, che è spesso il tema sul quale si confrontano le varie ipotesi di soluzione dei problemi concreti. Anzi, dato il tema di queste pagine, è molto spesso, per non dire quasi sempre evidente e anche plateale il tentativo di accreditare l’idea per la quale, stante certe leggi in un ordinamento di uno stato “sovrano”, quelle leggi vanno applicate *tout court* e farebbero perciò premio su qualunque altra disposizione, del medesimo o anche di altri ordinamenti, dove, invece, la disposizione, letta in via interpretativa e alla luce delle altre norme rilevanti per la fattispecie, si rivela incapace di spiegare l’effetto voluto⁵. Basterebbe, altresì,

⁴ Per tutti cfr. H. LAUTERPACHT, *Is International Law a Part of the Law of England?*, in ID., *Transactions of the Grotius Society*, Cambridge University Press, 1939, 51 ss. ma v. anche, come ovvio, l’art. VI, comma 2, della Costituzione degli USA, che recita: «... all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land»; nonché nella famosa sentenza della Corte Suprema USA, *Paquete Habana*, 175 US 677, 1900, addirittura nel *Syllabus*: «International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination».

⁵ Che poi ciò attesti spesso la incompetenza del “legislatore”, che si affanna a creare disposizioni da applicare incontrovertibilmente, ma che poi non si possono applicare è un dato che non ci interessa, anche se basterebbe a dimostrarlo la recente disposizione italiana che “cerca” di stabilire che in ogni caso chi reagisca a una indesiderata intrusione in casa agisca *di per sé* in legittima difesa, ma finisce solo per complicare ulteriormente le cose. Lo “scandalo” che ha determinato il fatto che dei giudici non abbiano applicato pedissequamente certe leggi, la apparente lettera di quelle

a smentire questa tesi superficiale, la breve e stringata ordinanza del GIP di Agrigento⁶, che appunto applica o meglio prende in considerazione, *come non può non fare*, altre disposizioni prima e a prescindere da quella invocata. “Prima e a prescindere”, che non vuol dire affatto ignorare la disposizione in oggetto, ma vuol dire leggerla e collocarla nel sistema (complesso) di cui fa parte, per trarne, appunto, la norma o, meglio, il complesso di norme che effettivamente regolano la fattispecie⁷: norme, aggiungo di diritto interno e di diritto internazionale, generale e pattizio⁸, tutte da leggere in termini sistemici, perché “fermarsi” al disposto interno, finisce per falsare il senso della norma, anzi, per impedire di trovarla.

Sia pure, mi si conceda questa breve interpolazione, in modo meno esplicito di come ho scritto più sopra, il risultato finale è esattamente quello: la norma interna cede di fronte a quella internazionale⁹. “Cede”, vuol dire che *la norma interna non può essere applicata così com'è perché se ne deve applicare un'altra*: più precisamente la *norma* è diversa dalla disposizione presuntivamente da applicare. La ricostruzione di cui parlo, perciò, nonché alquanto diversa (almeno nella terminologia e nella sistematica) da quella del giudice di Agrigento, è molto diversa da quella della cd. “non applicazione” della norma interna per la presenza di una norma comunitaria in quanto parte di un “altro ordinamento” competente sul punto. Diversa anche se analoga. Ma in questo caso, ciò che accade è che la disposizione interna nemmeno viene presa in considerazione, posto che quella internazionale si applica e “cancella” (nella specifica fattispecie) quella interna: più precisamente *si sovrappone* a quella interna, producendo un risultato che *non è* la specifica disposizione interna, *ma nemmeno quella internazionale*. Diversamente, appunto, dal caso della sentenza *Granital*, insomma, la disposizione interna non convive, sia pure non applicata, con quella internazionale-comunitaria per “risorgere” qualora il diritto comunitario dovesse scomparire o cambiare, ma scompare una volta e per tutte: *non si applica né ora né mai*¹⁰ a parità di condizioni e circostanze date perché si trova assorbita insieme alla disposizione internazionale, dalla norma che regola *effettivamente* la fattispecie.

Del resto a soluzioni non dissimili si può arrivare, ove si voglia ragionare in punta di diritto ma anche nell'interesse del diritto nel suo senso più vero e cioè nell'interesse delle persone, come ad esempio nella bella sentenza della Corte d'appello di Salerno, che, dovendo decidere della espulsione

leggi, ma lo abbiano fatto interpretandole, come doveroso, alla luce di altre, è assolutamente inammissibile in uno stato di diritto. Un caso ormai “classico” è, infatti, quello dell'ordinanza del Tribunale di Bologna 2 maggio 2019, e quella precedente del 19 marzo 2019 del Tribunale di Firenze, che poi hanno fatto scuola in materia di concessione della residenza a stranieri non ancora pienamente regolarizzati, in apparente “contrasto” con il cd. decreto sicurezza, su cui più avanti.

⁶ Mi riferisco all'ordinanza del Tribunale di Agrigento, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 2 luglio 2019, n. 3169/19 R.G.N.R., n. 2592/19 R.G.GIP

⁷ Nella ordinanza cit. meritano segnalazione le considerazioni appunto di ordine generale del giudice del caso, quando ad es. afferma (4): «Dalla lettura congiunta delle suddette previsioni, si desume il principio *della libertà degli stati di regolare i flussi* di ingresso nel suo territorio nazionale (espressione di sovranità) *con i limiti - tuttavia - derivanti dal diritto consuetudinario* e dai limiti che lo Stato stesso si impone mediante adesione ai trattati internazionali, idonei a conformare la stessa sovranità nazionale, e tra detti limiti figurano (art. 18 sopra richiamato), il dovere di pronto soccorso alle navi in difficoltà e di soccorso ai naufraghi» e 11: «Ritiene, peraltro, questo Giudice che, *in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali* e normative sopra richiamate, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della Sea Watch 3, oltre che delle autorità nazionali», che perciò conclude, 12: «Su tale quadro normativo non si ritiene possa incidere l'art. 11 comma *ter* del d.lgs. 286-98 (introdotto dal d.l. n. 53/2019): difatti, ai sensi di detta disposizione, il divieto interministeriale da essa previsto (di ingresso, transito e sosta) *può avvenire, sempre nel rispetto degli obblighi internazionali* dello Stato, solo in presenza di attività di carico o scarico di persone in violazione delle leggi vigenti nello Stato Costiero, fattispecie qui non ricorrente vertendosi in una ipotesi di salvataggio in mare in caso di rischio di naufragio» (corsivo mio).

⁸ *Contra*, con qualche eccesso critico, A.L. VALVO, *Nota all'Ordinanza del GIP di Agrigento del 21.7.2019 proc. pen. n. 3169/19 R.G.N.R. e n. 2992/19 R.G.GIP*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, n. 62, 2019, 103 ss.

⁹ In termini più sofisticati, ma mi pare simili, v. di recente R. CADIN, *Profili ricostruttivi e linee evolutive del diritto internazionale dello sviluppo*, Torino, Giappichelli, 2019, 11 e *passim*

¹⁰ Salvo che, sia la norma internazionale stessa a scomparire o cambiare, magari per influsso proprio di quella disposizione interna attualmente inapplicabile o meglio non valida.

di due stranieri, che avrebbe determinato un danno grave principalmente di natura culturale e psicologica ai loro due figli, la respinge senza esitazione così non applicando la lettera della legge italiana, ma facendo “prevalere” il “superiore interesse” del bambino, guarda caso, oggetto di grande attenzione internazionale, sia nelle norme in materia di diritti dell'uomo, che, più specificamente nella Convenzione sui diritti del fanciullo¹¹. La cosa è tutt'altro che strana, se solo si pensi al famoso caso *Chen*, deciso dalla Corte di Giustizia UE, su richiesta pregiudiziale di un tribunale britannico, che decide precisamente questo, esattamente negli stessi termini¹².

2. Diritto internazionale e diritto interno: stranieri, migranti e diritto internazionale.

Quanto detto sopra, in fondo, è quasi l'“abc” di qualunque giurista, anche se vale la pena averlo ricordato e ribadirlo, per esempio citando brevemente, solo per meglio chiarire quello che intendo discutere, l'art. 1 del cosiddetto “decreto sicurezza bis”¹³ 14 giugno 2019 n. 53, il cui attacco recita oggi testualmente: «Il Ministro dell'Interno ... nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale ... » e all'art. 2 prevede: «... In caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, notificato al comandante e, ove possibile, all'armatore e al proprietario della nave, si applica a ciascuno di essi la sanzione amministrativa ... » che quindi, ove fosse rimasta nel testo originario, avrebbe addirittura integrato una pretesa di estensione extraterritoriale della legislazione italiana in acque internazionali, ma che nella versione attuale determina un eccesso enorme di pena in caso di violazione, come rilevato dal Presidente della Repubblica¹⁴, ma, specialmente, proprio richiamando la norma internazionale, pretende se non di violarla almeno di aggirarla.

¹¹ Corte d'appello di Salerno, II Sez. Civile, n. V.G. n. 936/2018, 150.1.2019, che afferma tra l'altro: «considerato che, nel giudizio avente ad oggetto l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare di minore straniero, l'eventuale sussistenza di comportamenti del familiare incompatibili con il suo soggiorno nel territorio nazionale deve essere valutata in concreto attraverso un esame complessivo della sua condotta, al fine di stabilire, all'esito di un attento bilanciamento, se le esigenze statuali di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale debbano prevalere su quelle derivanti dai gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, cui la norma conferisce protezione in via primaria», dove rilevo incidentalmente, l'opportunità, questa volta, dell'«attento bilanciamento», che è tra interessi giuridicamente protetti e non tra diritti.

¹² V. Corte giust. UE, sent. 30 maggio 2002, C-500/02, 30. dove afferma § 16: «By those questions, the national court seeks in essence to ascertain whether Directive 73/148, Directive 90/364 or Article 18 EC, if appropriate, read in conjunction with Articles 8 and 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), confer, in circumstances such as those of the main proceedings, upon a young minor who is a national of a Member State, and is in the care of a parent who is a national of a non-member country, the right to reside in another Member State where the minor receives child-care services. If such right be conferred, the national court wishes to ascertain whether those same provisions consequently confer a right of residence on the parent concerned» per cui argomenta in conclusion, § 45: «On the other hand, a refusal to allow the parent, whether a national of a Member State or a national of a non-member country, who is the carer of a child to whom Article 18 EC and Directive 90/364 grant a right of residence, to reside with that child in the host Member State would deprive the child's right of residence of any useful effect. It is clear that enjoyment by a young child of a right of residence necessarily implies that the child is entitled to be accompanied by the person who is his or her primary carer» (corsivo mio).

¹³ Il cui testo provvisorio, poi modificato in Consiglio dei Ministri prevedeva all'art. 2, di modificare l'art. 12 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, con l'aggiunta di un n. 6 *bis* del seguente tenore: « ... Salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, il comandante della nave, che *nel corso della navigazione procede, anche in acque internazionali, ad azioni di soccorso di mezzi adibiti alla navigazione ed utilizzati per il trasporto di migranti*, anche mediante il recupero delle persone ovvero il traino del mezzo, è tenuto ad operare nel rispetto della normativa internazionale e delle istruzioni operative emanate dalle autorità responsabili dell'area in cui ha luogo l'operazione di soccorso ... » in [HuffPost](#) del 20 maggio 2019. Sorvolo, ma non dovrei, sulla assurda terminologia, che definisce *a priori* delle persone, con la qualifica di *migrante*, il che è, a dir poco, tutta da accertare, ma finisce per attribuire a quel termine e alla persona che ne viene investita una valenza negativa, discriminatoria.

¹⁴ Per la precisione mi riferisco all'art. 11, comma 1-*ter* (e all'art. 16, comma 6-*bis*) del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, modificato dal d.l. 14 giugno 2019, n. 53 di cui al [Comunicato del Presidente della Repubblica dell'8 agosto 2019](#) in sede di promulgazione della conversione in legge (l. 8 agosto 2019 n. 77), del decreto (v.lo nelle [Cronache dalle Istituzioni](#)

Nel suo comunicato, infatti, il Presidente oltre a sottolineare la eccessiva gravità delle sanzioni previste (delle quali ventila chiaramente la incostituzionalità, alla luce delle recente sentenza della Corte costituzionale¹⁵) rileva il contrasto normativo che si determina a causa della disposizione pur così “asciugata”, in quanto letta alla luce delle norme della Convenzione di Montego Bay, affermando: «Va anche ricordato che, come correttamente indicato all’articolo 1 del decreto convertito, la limitazione o il divieto di ingresso può essere disposto “nel rispetto degli obblighi internazionali dell’Italia”, così come ai sensi dell’art. 2 “il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale”. Nell’ambito di questa la Convenzione di Montego Bay, richiamata dallo stesso articolo 1 del decreto, prescrive che “ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l’equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo”»¹⁶. La domanda cui accennavo sopra, viene, come si vede, posta esplicitamente e duramente dal Presidente della Repubblica, che, mi pare, non si limita a segnalare al Parlamento la necessità di modificare la disposizione italiana, ma, nello spiegarne la ragione, dà in sostanza gli estremi di una interpretazione, *illico et immediate* a prescindere dalle modifiche parlamentari, da parte di chi si trovi, nelle more, a doverla applicare. Esattamente ciò che ha fatto come accennavo il GIP di Agrigento e, sia pure su altra questione, i Tribunali di Bologna e Firenze, ecc.

La domanda, ai fini delle righe che seguono, è: come si coordina una norma del genere con le norme, pur citate in parte, di diritto internazionale pattizio e, specialmente, con le norme non scritte, alla luce del fatto che l’ordinamento italiano, o almeno il Governo italiano, presuppone di pretendere di applicare *tout court* le disposizioni italiane? E, si potrebbe aggiungere, come si fa a sapere se la persona che ci si accinge a soccorrere o che si soccorre sia un migrante? Anzi: cosa è un “migrante”, uno straniero purchessia, o solo un tipo particolare di straniero, o ancora uno straniero intenzionato a restare a lungo o definitivamente in Italia, per non aggiungere, come si distingue un turista da un migrante e uno straniero da un cittadino europeo? E infine, come si coordina quella disposizione con l’ultima frase dell’art. 18 della Convenzione di Montego Bay, che recita: « ... passage includes stopping and anchoring are rendered necessary by *force majeure* or distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress». Ma su ciò tornerò più avanti.

Ma, molto più in generale, la domanda “come si coordina” la norma interna con quella di provenienza internazionale, in termini di analisi giuridica teorica diventa un’altra e precisamente: è valida, valida *per il diritto interno*? In altre parole, la vecchia disputa tra dualismo e monismo, la disputa famosa tra Triepel e Kelsen¹⁷, insomma, ha ancora un senso o invece, come io credo, una concezione moderna del diritto implica che esso debba essere considerato come integrato e universale, cioè *sistemicamente* universale, talché le norme, *tutte le norme di tutti gli ordinamenti*

[2019](#), in questa [Rivista](#)). Anche qui, siamo ai limiti della violazione delle norme più elementari di diritto del mare: la pretesa di “governare” il comportamento di navi straniere, anzi addirittura dell’equipaggio!, in acque internazionali in contrasto con la stessa Convenzione di Montego Bay, della quale si cita l’art. 19, ma non, ad esempio, il 21, comma 1, lett. h.

¹⁵ V. [Corte cost., sent. n 112/2019](#), dove si rileva la necessità che le pene siano *commisurate* alla gravità del reato. Dove, cioè si afferma l’indispensabilità di un coordinamento tra disposizioni diverse di ambito diverso e per situazioni diverse, che vanno, nel caso di cui sto discutendo, fino al *necessario* coordinamento con norme di diritto internazionale.

¹⁶ Il riferimento è all’art. 98 della Convenzione, che recita testualmente: «*Duty to render assistance* 1. Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers: (a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost; (b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him; ... 2. Every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighbouring States for this purpose».

¹⁷ Quella ad esempio della problematica [sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014](#) e di altre successive, su cui ho scritto in tempi non sospetti in questa [Rivista Studi 2014, Corte costituzionale e Diritto internazionale, il ritorno dell’estoppel?](#) (4.12.2014)

giuridici anzi gli stessi ordinamenti giuridici, sono parte di un sistema unico, *necessario e universale*? Per dirla in termini giornalistici: la globalizzazione non è una scelta giuridica di questo o quell'ordinamento o potentato, è *invece semplicemente un fatto*¹⁸, non diversamente da come è un fatto che noi tutti facciamo parte di questo mondo, che il mare ne fa parte come l'aria e che se dunque il mare si riscalda troppo ne derivano conseguenze ovunque, né più né meno di come se una disposizione di uno stato è difforme dal contenuto della norma “universale” quella disposizione determina conseguenze negative, e come se il mare si riscalda occorre raffreddarlo per garantire la continuazione della vita sulla terra, la disposizione divergente va modificata o cancellata per impedire l'esplosione del sistema giuridico universale. Che, a sua volta, non è solo il diritto internazionale, ma il complesso degli ordinamenti giuridici nazionali e internazionale, e non solo come ovvio, la cui “risultante” di volta in volta è la norma applicabile alla fattispecie¹⁹.

3. Diritto internazionale, soggetti, stati e ordinamenti giuridici interni.

Tornando, dunque alle disposizioni del citato Decreto sicurezza, è facile rilevare come sia lo stesso decreto ad affermare che la norma italiana si applica «nel rispetto degli obblighi internazionali», il che, come ho accennato, vuole semplicemente dire che la disposizione va collocata *logicamente*, oltre che giuridicamente, nell'ambito dell'Ordinamento internazionale e non solo in una specifica disposizione o norma internazionale. È, bene però sottolineare che quell'espressione è allo stesso tempo superflua ed ellittica.

Superflua perché afferma una ovvietà già espressa molto chiaramente, a dire solo di essa, nella Costituzione italiana (come, del resto, in quelle di quasi tutti i paesi civili) dove gli artt. 10, comma 1, e 117, comma 1, e non solo, affermano il principio generale per cui l'ordinamento italiano, certamente utilizzando una terminologia tipicamente dualista²⁰ (che però non cambia la sostanza del problema) si conforma sempre e senza eccezioni, e nel caso delle norme generali di diritto internazionale anche senza ritardo, immediatamente – perché la norma di diritto internazionale, *ex art. 10 Cost.*, è nello stesso momento in cui si forma *norma di diritto interno* – alle norme, scritte e non, di diritto internazionale²¹. Ma comunque, come vedremo meglio più avanti, le norme italiane, come quelle di qualunque altro soggetto di diritto internazionale, semplicemente *devono* corrispondere alle norme di diritto internazionale, generale e, previa ratifica, pattizie.

Ellittica, perché, al di là della espressione ambigua quando parla di «rispetto degli obblighi», così potendo legittimare l'interpretazione per cui sia riferita ai soli obblighi pattizi di diritto internazionale

¹⁸ Che poi questo *fatto* non sia stato regolamentato, o meglio non sia stato regolamentato bene, dal diritto internazionale, è cosa che non cambia la natura del fenomeno. V. ad es. e di recente, M. PANEBIANCO, *Il futuro del sovranismo: Stato globale, Stato costituzionale, Stato ricodificatore*, in *Rivista della Cooperazione giuridica internazionale*, 2019 n. 62, 11 ss., dove però, a mio giudizio, si attribuisce un valore globale alle disposizioni di Organizzazioni internazionali cdd. “sovrnazionali”, che certamente cercano di “regolare” o controllare il fenomeno, ma che in quanto contrattuali non possono fare più di tanto, mentre lo possono le norme di diritto internazionale generale, come sostengo nel testo, v. *ibid.*, 27 ss.

¹⁹ Su ciò, v. *infra* § 5. Cfr. anche, le considerazioni sul punto di J. KLABBERS, *Law-making and Constitutionalism*, in J. KLABBERS, A. PETERS, G. UFLSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Un. Press, 2009, 81 s. e 85 ss.

²⁰ Ma, solo per completezza di discussione, non sempre così dualista come sembra. Ad esempio, quando l'art. 2 afferma che l'Italia riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo lo fa *tout court* e direttamente senza mediazioni. “Riconosce”, vuol dire che già ci sono e quindi li “garantisce”: come potrebbe garantirli se non fossero già vigenti e operativi?

²¹ Ovviamente, per quanto attiene alle norme pattizie, previa ratifica. Sul fatto che, a ratifica avvenuta, si possa non trasformare la norma pattizia in norma interna è abbastanza dubbio (se non altro per la conseguente responsabilità internazionale) e non per caso la giurisprudenza in materia di applicazione delle norme comunitarie, ha fatto per dir così giustizia di certo ritardi e modificazioni. Anche se oggi, pare che la Corte costituzionale, in un clima invero stranamente sempre più “nazionalistico” (se non “sovranoista”) sembra tentennare, pur senza stravolgere il concetto. Quanto alla ipotesi della ratifica non seguita dallo scambio o dal deposito ... meglio sorvolare!

(il riferimento, immagino, è stato usato “copiando” la terminologia dell’art. 117, comma 1, Cost., ma senza la necessaria “sottigliezza” e, diciamo pure, competenza) appare limitativa, *illicitamente limitativa*, della realtà, perché le norme rilevanti di diritto internazionale non sono solo quelle citate nella disposizione, ma *tutte le norme di diritto internazionale* e quindi non solo quelle scritte, per non parlare delle norme di diritto interno degli altri soggetti di diritto internazionale, che, in ipotesi, possano essere “competenti” o comunque rilevanti, nella misura in cui anche le norme e le giurisprudenze degli altri soggetti di diritto internazionale, contribuiscono alla definizione del contenuto delle norme internazionali²².

Non è, o almeno non dovrebbe essere, una novità sorprendente quella per cui, già da molto tempo la stessa formazione delle norme di diritto internazionale è strettamente, e inscindibilmente, collegata al diritto interno, o meglio almeno alle norme fondamentali di diritto interno dei soggetti parte della collettività internazionale (“soggetti”, non solo stati), cioè di tipo se non di forma costituzionale, che determinano sia la formazione che il contenuto delle norme di diritto internazionale, così come del resto viceversa. Insomma che tra l’ordinamento internazionale e quelli interni vi sia una sorta di osmosi bidirezionale continua è un fatto ben noto. Questo, mi pare, è il senso di quella vera e propria “intuizione” che ha portato alla formazione dell’art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, dove accanto alla famosa lettera *c*, che parla dei principi di diritto riconosciuti dalle nazioni civili come strumento per la soluzione giudiziaria delle controversie internazionali, non si può dimenticare la spesso trascurata lettera *d*, che cita oltre alla giurisprudenza, e questo è ovvio, anche il parere dei giuristi. Non è certamente un caso, che, per tale via, si finisca per fare riferimento, esplicito, alla ben nota e fondamentale tecnica del diritto romano dello *ius respondendi ex auctoritate principis*²³, che ha costituito la struttura portante e creativa dell’intero diritto romano²⁴.

Il diritto, lo ripeto, è un fenomeno *complesso*²⁵, che, proprio per questo, va sempre “letto” nella sua interezza: sempre; e per di più alla luce della realtà fattuale, rispetto alla quale ho usato la formula, che è solo una formula, del diritto come fenomeno “dell’uomo e dall’uomo”²⁶. E pertanto il *fatto* che

²² Basterebbe citare le pagine famose di E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, edizione aggiornata da G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1990, 817: «Nell’interpretazione giuridica di un ordinamento in vigore il giurista non si può arrestare a rievocare il senso originario della norma - come se si trattasse di un’entità storica, di un fatto del passato, avente un senso in sé conchiuso —, ma deve fare un passo avanti: perché la norma, lungi dall’esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale in una con l’ordinamento di cui fa parte integrante, ed è *destinata a passare e a trasferirsi nella vita sociale, alla cui disciplina deve servire*. Qui, pertanto, l’interprete non ha ancora finito di adempiere il suo compito, quando ha ricostruito l’idea originaria della formula legislativa (cosa che pur deve fare), ma deve, dopo ciò, *mettere d’accordo quell’idea con la presente attualità, infondendovi la vita di questa, perché appunto a questa la valutazione normativa dev’essere riferita*. Tenendo presente tale criterio, riuscirà più agevole rendersi conto dei problemi che ora vengono in discussione» (corsivo mio).

²³ Di cui in Digesto 1.2.2 48-49, famosissimo, che, al di là delle discussioni sulla possibile interpolazione di una parte del testo irrilevante a questo fine, recita, *Pomponius, libro singolari enchiridii* : «48. *Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt. Hic etiam Nerva Caesari familiarissimus fuit. Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat. 49. Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet» (corsivo mio), che non a caso Gaio definiva anche *iura condere*, appunto (v. A. GUARINO, *Il «ius publice respondendi»*).*

²⁴ V. B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello ius respondendi*) e J. PARICIO, *Il «ius publice respondendi ex auctoritate principis»*.

²⁵ Nel senso da me indicato in uno scritto precedente cit. (*infra* nt. 36).

²⁶ V., *infra*, testo alla nt. 37.

una norma di un ordinamento (“interno”) rinvii in qualche modo alle norme di un altro ordinamento²⁷, interno o internazionale, non inficia in nulla il fatto per cui, seppure quel rinvio manchi, dovendo i due o più ordinamenti convivere in un medesimo ambito territoriale ed umano, non solo il *contrasto* non possa superare un certo livello (quando gli ordinamenti entrino in contatto diretto, come, per intenderci, nel caso del diritto internazionale privato) ma non *possa per definizione esistere* se il rapporto è tra un ordinamento *più ampio* ed uno più ristretto, come è il caso nei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale²⁸, se non altro posto che l’ordinamento internazionale nasce e esiste per regolare i rapporti tra i soggetti di diritto internazionale²⁹.

Alla luce di quanto detto fin qui, raccolgo con interesse e proprio per approfondire, le parole di un giovane e brillante autore che, lucidamente se pure troppo sinteticamente, pone il problema teorico di cui parlo così dimostrando che è essenziale, anche se, “mascherandolo” da semplice considerazione preliminare, in realtà lo rafforza, quando dice: «Il reiterato tentativo di criminalizzare o di rendere illegale l’attività di salvataggio compiuta da navi private che operano nel Mediterraneo da quasi un decennio si infrange contro la forza impassibile di principi internazionali ... »³⁰, in un contributo il cui titolo wertmülleriano non deve trarre in inganno, sulla profondità tecnica, sì tecnica, con cui il tema è affrontato, anche se (non è una critica, sia chiaro) come ahimè ci ha mostrato la storia, la fattispecie ivi analizzata non attiene più “solo” alle navi private.

Entro subito nel merito. Tecnico, infatti, vuole essere il discorso che segue, come è quello dell’autore citato, che non è un voler sminuire il valore o il livello di ciò che si dice, al contrario perché tecnico deve essere il metodo scientifico per la ricostruzione di un problema giuridico, e che, nella specie si concretizza nel problema, appunto solo apparentemente teorico, su quale sia la norma applicabile al fatto in esame, *che pur sempre un tema di vita reale è*. Perché, ed è bene concludere così con una precisazione netta, il diritto, lo si voglia o no, è un fenomeno sociale fatto dall’uomo per servire l’uomo; ma nel suo esercizio è un problema tecnico, che, in quanto tale, richiede per essere compreso ed esplicitato una piena coscienza della natura dei problemi che sono regolati dalla norma, insomma della fattispecie, e una piena conoscenza del *metodo* di ricostruzione dello stesso³¹ o, per

²⁷ Di nuovo cito le belle pagine di E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 817 s.: «... si ha in occasione del richiamo e rinvio a leggi straniere nella necessità riconosciuta in diritto internazionale privato, di un processo di adattamento, per cui la norma straniera richiamata deve subire ... una congrua messa a punto del contenuto e degli effetti»

²⁸ Sul punto, v., molto articolatamente, H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beiträge zu einer reinen Rechtslehre*, Aalen, Scientia Verlag, 1960 (ma 1927), 111 ss.

²⁹ Potrei anche aggiungere, che è del tutto indifferente che dei rapporti tra ordinamenti interni e ordinamento internazionale si abbia una concezione dualista o monista, dato che, sia pure in una visione dualista, la triepeliana *Vereinbarung* è un *accordo per vincolarsi*, certo liberamente, magari reversibilmente anche, ma vincolo significa obbligo. Se poi si constata che il diritto internazionale dispone di norme generali, non di natura e formazione contrattuale, la relazione è ancora più chiara.

³⁰ N. COLACINO, *Di naufraghi, migranti, capitani e... nuove fattispecie giuridiche: il «soccorso in mare di immigrazione» tra obblighi internazionali e «gride» ministeriali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 3, 632.

³¹ Sorprende in questo senso una osservazione del probabilmente più grande linguista vivente, che in uno splendido volume di sintesi delle sue affascinanti teorie, scrive, però, quasi dimenticando ciò che dirà subito dopo circa l’estremo conformismo della società culturale statunitense: «Compare mathematics and the political sciences ... In mathematics, in physics, people are concerned with what you say, not with your certification. But in order to speak about social reality, you must have the proper credentials, particularly if you depart from the accepted framework of thinking. Generally speaking, it seems fair to say that the richer the intellectual substance of a field, the less there is a concern for credentials, and the greater is the concern for content. One might even argue that to deal with substantive issues in the ideological disciplines may be a dangerous thing, because these disciplines are not simply concerned with discovering and explaining the facts as they are; rather, they tend to present these facts and interpret them in a manner that conforms to certain ideological requirements, and to become dangerous to established interests if they do not do so», sorvolando sulla osservazione, un po’ offensiva invero, secondo cui nelle scienze sociali si bada più alle qualifiche che ai contenuti, si mostra all’evidenza una certa confusione tra il conformismo culturale non solo americano che accetta solo ciò che è “accettato” e guarda con sospetto (e quindi sottopone ad “esame” chi ne usi) chi non è nella linea del pensiero dominante, e il patrimonio tecnico delle scienze sociali: tutte, diritto incluso. Peccato anche che dimentichi (e detto da un linguista la cosa è particolarmente sorprendente) che nelle scienze sociali (non *ideologiche*) i “fatti” sono solo *se e quando*

dirla in maniera più sussiegosa: della sussunzione della fattispecie alla norma, secondo le regole tecniche proprie del diritto.

Dicendo “fatto dall’uomo per servire l’uomo” non assegno al verbo fare un valore letterale, nel senso che non tutte le regole, o meglio le norme, del sistema giuridico possano *materialmente* essere state costruite dall’uomo *coscientemente e deliberatamente* per essere tali, dato che il funzionamento storico e sociale del sistema giuridico è anche il frutto della affermazione di norme prodotte dalla evoluzione storica e sociale dell’umanità, talché alcuni principi e comportamenti di origine sostanzialmente sociale diventano norme giuridiche che, grazie alla tecnica (questa volta sì) giuridica fatta e usata dall’uomo diventano e poi si applicano come norme giuridiche e sono *riconosciute* come tali. In altre parole, la “tecnica” giuridica trasforma determinati fatti o *esigenze sociali, storiche, ecc.* in disposizioni giuridiche esplicite da cui derivano le norme conseguenti. Mentre chi agisce in un certo modo piuttosto che in un altro, sa perfettamente di agire e di scegliere tra diverse possibilità, ma non sa *che e se* quel comportamento diventerà una norma giuridica, ragion per cui una norma giuridica così fatta, è tale nel momento in cui viene effettivamente *riconosciuta* come tale, quando cioè “ci si accorge” che quella norma è nata e funziona, e pertanto è obbligatoria (non più un modo di essere sociale) anche se nessun “potere” la ha posta per essere tale. E questo vale nel diritto interno come in quello internazionale.

Che, per fare un esempio, la schiavitù fosse un illecito, di diritto interno e (prima!) di diritto internazionale, è una norma giuridica, o meglio è diventata una norma giuridica *già prima* che venisse esplicitamente scritta in norme giuridiche interne e in trattati internazionali³². Non diversamente, peraltro, da come taluni principî o assunti, filosofici, morali, politici, ecc. sono diventati norme giuridiche solo dopo essere stati esposti come teorie politiche, filosofiche, ecc.

Basterebbe citare la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino, che “pone” per la prima volta i diritti del cittadino definendoli “uguali”, cosa per definire in concreto la quale occorreranno decenni se non secoli.

E dunque, altro è il diritto, e altro, ben altro sono la politica o la morale o l’ideologia³³. Nel senso che la politica (o la morale, o la religione ecc.) è quella che “pone” le disposizioni giuridiche (i “comandi”, se vogliamo, il diritto positivo, insomma) che le inventa per dir così e che, entro certi limiti, assegna alle disposizioni stesse un rango, un livello di operatività in termini di desiderata³⁴ relazione tra norme nell’ambito dell’ordinamento in cui sono poste³⁵, ma il diritto inteso come sistema

interpretati, diversamente sarebbero *solo conformisti in quanto già interpretati da “Altri”* e la maiuscola non è un errore di stampa! V. N. CHOMSKY, *On Language*, New York, New Press, 2007, 7.

³² E ciò, come vedremo più avanti, ha un peso fondamentale nella valutazione della prassi, che, anticipando quanto cercherò di dire più avanti, non basta da sola, non basta mai a *determinare* la norma. L’idea, insomma, della prassi che *crea* invariabilmente il diritto, è una idea del tutto infondata: il comportamento di una frazione di secondo può determinare una norma, così come un comportamento ripetuto per secoli può non farlo.

³³ V. H. KELSEN, *Das Problem*, cit. 107: «Die Rechtsquelle ist hier der Satz: Verhalte dich so, wie der Monarch befiehlt. Es ist dasselbe, was früher als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichnet wurde. Daß man diesen Satz als letzte, nicht weiter ableitbare Norm voraussetzt, darin liegt ... ebenso die Positivität des Rechts wie die Souveränität des Staates. Hier ist festzustellen, daß nur dann zwei voneinander verschiedene, gänzlich Normensysteme vorliegen, wenn sie aus zwei verschiedenen, voneinander gänzlich unabhängigen, d. h. auseinander in keiner Weise ableitbaren, aufeinander in keiner Weise rückführbaren „Quellen“ oder Grundsätzen, Ursprungsnormen entwickelt werden müssen», per cui 109: «Das Rechtssubjekt - die physische wie die sogenannte juristische Person, *welch letztere nicht um ein Haar mehr „juristisch“ ist als die sogenannte physische* - hat keine Naturrealität, sondern - als Produkt juristischer Erkenntnis - *nur die Natur des Rechtes selbst*. Das spezifische „Subjekt“ der Rechtswissenschaft ist *nichts anderes als eine von der juristischen Erkenntnis vollzogene Personifikation*; und das Substrat dieser Personifikation kann - wie bereits in einem anderen Zusammenhang festgestellt wurde - nichts anderes sein als der Gegenstand der juristischen Erkenntnis: die Rechtsnormen» (corsivo mio).

³⁴ Desiderata perché, anche se le disposizioni vengono scritte esplicitamente (o dettate, comunque “poste”) in maniera “graduata” non è detto che quella graduazione, nella applicazione della norma valga a indicare la definizione giuridica della fattispecie.

³⁵ Ivi compresa l’“aspirazione” che quella norma prevalga strutturalmente su altre anche di altri ordini giuridici.

(anzi, come sistema complesso, per rinviare a un mio scritto precedente³⁶) è quello che ingloba e “digerisce” le regole le più diverse, portandole (e non potrebbe fare altrimenti) ad unità, innanzitutto logica³⁷, o meglio, innanzitutto secondo la logica giuridica, che prescinde del tutto dalla politica e dalla religione e dall’etica ecc., perché è e non può non essere la “logica del sistema”, non “creata” dall’uomo (politico o giurista che sia) ma, tra mille virgolette “naturale”, perché propria del diritto. In altre parole, “porre la norma” come si dice spesso specie dai politicanti, e quindi più correttamente *porre o scrivere la disposizione* non vuol dire in nessun caso *determinare* la norma³⁸. Fatta salva, lo ripeto ancora, l’affermazione che comunque la bussola del sistema, per così dire, non può non essere che quella di cui parlavo sopra e cioè che il diritto è *dell’uomo e per l’uomo*, per cui anche le figure “mitiche” e astratte, ad esempio, dello stato o della nazione, sono forme giuridiche, alla fine, dell’uomo e per l’uomo. Per dirla, dunque, in termini che potrebbero fare rabbrivire molti giuristi dell’ottocento ma anche del novecento e forse oltre: la “ragione di stato”³⁹ è, ed è legittima, *solo se è la ragione delle persone che sono parte di quello stato* e nella misura in cui, e solo nella misura in cui, queste ultime sono parte delle persone del sistema universale, del mondo intero, nel senso che *anche le ragioni delle persone di uno stato possono* (giuridicamente: debbono) *cedere di fronte alle ragioni dell’umanità*⁴⁰.

E quindi, l’idea tipicamente ottocentesca dello stato inteso come entità *diversa* dai suoi cittadini, anzi dal suo popolo⁴¹, che è quella che porta a ritenere che lo stato sia portatore di interessi, diritti e poteri tali da sopprimere, se necessario, o meglio ignorare i cittadini (e più in generale i sudditi, non a caso definiti così specialmente nel diritto internazionale più risalente) è una idea oggi largamente superata e inaccettabile, se non altro perché lo stesso stato è *fatto* dalle persone che lo compongono e, si potrebbe aggiungere, non solo dai cittadini⁴². Oggi, certamente, ciò è più chiaro nella misura in cui gli stati moderni sono per lo più retti da sistemi democratici (o sedicenti tali), dove, almeno in

³⁶ G. GUARINO, *Per una analisi critica delle basi dell’Ordinamento internazionale come sistema*, in G. Guarino (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 399 ss., ma v. anche ID., *I diritti dell’uomo come sistema: un’ipotesi di lavoro*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, 7 ss.

³⁷ In cui perciò, la concezione molto di moda di norme o diritti o garanzie “multilivello” non trova posto: da diversi livelli se vogliamo chiamarli così, ma la terminologia corretta sarebbe “da diversi ordini giuridici”, confluiscono proposizioni normative che determinano la formazione di *una* norma, che regola dunque *quella* fattispecie e solo quella.

³⁸ Forse, sia detto con tutto il rispetto, è questo il passaggio che manca a Chomsky nelle affermazioni di cui alla precedente nota 31.

³⁹ Che, come noto, in Hegel prevale sulle esigenze individuali. V. sul punto le bellissime pagine di N. BOBBIO, *Stato Governo Società, per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985, 76 dove spiega appunto «il principio dell’azione dello Stato deve essere ricercato nella sua stessa necessità di esistere, di un’esistenza che è la condizione stessa dell’esistenza (non solo dell’esistenza ma anche della libertà e del benessere) degli individui».

⁴⁰ Solo così, mi pare, si può sciogliere il contrasto, evidenziato di recente da M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, La nave di Teseo, 2019, tra giustizia e norma (*Dike*, CACCIARI e *Nomos*, IRTI). La giustizia, infatti, per il giurista è quasi una “bestemmia”, fedele come sia e finché sia, il giurista, al brocardo *dura lex sed lex*, anche se la norma, se scritta con giustizia, può fondere i due concetti. Ciò, però, è particolarmente evidente, per non dire suscettibile di maggiore probabilità, nel diritto internazionale, dove le norme *si formano* nella prassi anche *sulla base delle esigenze (di giustizia) dell’uomo*. E comunque, grazie all’interpretazione quella fusione è garantita, o meglio *può* essere garantita. Per dirla con un piccolo azzardo, si potrebbe affermare che mentre la disposizione, la legge non è in sé né giusta né ingiusta, la *norma* in quanto frutto della interpretazione è, o meglio può essere, giusta. Se mi si permette un tono scherzoso: *Dike* è contenta solo se *Nomos* viene interpretato, magari con l’aiuto di *Eusebeia*!

⁴¹ Nel senso giuridico e sociale del termine e non nel senso becero e rozzo con cui viene spesso utilizzato in “politica”, per mascherare attraverso di esso la “ragione di stato”, intesa come ragione di una parte, benché prevalente, dello stato.

⁴² Non a caso, il diritto internazionale ha elaborato il concetto e l’istituto dell’autodeterminazione dei popoli, per definire il “diritto” (che nella specie è una *garanzia* della Comunità internazionale al popolo) della popolazione di un territorio, che si definisce popolo a prescindere dalle nazionalità, a *pretendere* non solo e non tanto la costituzione di uno stato autonomo (l’indipendenza in un certo senso) ma specialmente e oggi principalmente, la *democrazia*, intesa come obbligatoria corrispondenza dell’azione dello stato con la volontà *effettiva e reale* della popolazione, cui dunque non basta il voto e meno che mai un *referendum* e meno ancora risibili *democrazie dirette* per vedere soddisfatta la propria aspirazione.

teoria, la volontà e le esigenze dei cittadini-persone – cioè di tutti coloro che abitano nello stato - dovrebbero prevalere sui “presunti” interessi dell’ente stato in quanto tale. E proprio le fattispecie che sono oggetto di questo breve studio, sono la dimostrazione di quanto ho appena detto. All’affermazione della assoluta prevalenza della volontà, o meglio del superiore interesse dello stato sovrano, in quanto sovrano, di non permettere l’accesso al proprio territorio di stranieri, corrisponde la realtà giuridica, strettamente giuridica, che obbliga, lo voglia o no, lo stato ad accogliere gli stranieri, alla luce, appunto, di una lettura *complessiva* dell’ordinamento⁴³. Che, mi si consenta l’inciso, è esattamente l’opposto di quella, purtroppo robusta, tendenza a considerare lo straniero, ovviamente definito migrante, come “nemico” e quindi destinatario di un diritto penale *ad hoc*, non per caso definito «diritto penale del nemico»⁴⁴.

Ciò posto è chiaro che la volontà dell’ente stato è suscettibile di essere contestata e giudicata illecita, non solo quando violi la volontà legittimamente espressa dalla popolazione, ma anche quando sia dimostrabile (cosa che purtroppo sempre più spesso accade) che la volontà popolare sia stata *di fatto* coartata, ad esempio grazie ai sempre più sofisticati meccanismi disponibili oggi per il controllo della volontà popolare. Controllo sia esercitabile deliberatamente da parte *dello* stesso stato o da parte delle forze politiche o economiche *nello* stato, sia esercitabile dall’esterno ad opera, ad esempio, di potenze straniere, intese ad ottenere comportamenti corrispondenti alla propria volontà. Solo per fare un esempio, si potrebbero valutare gli effetti del famoso *tweet* del Presidente USA Trump nel quale si affermava l’auspicio che il prof. Conte venisse nominato Presidente del Consiglio italiano. Trattandosi di un messaggio personale e ufficiale, quel *tweet* equivale ad una dichiarazione pubblica dello stato USA e pertanto costituisce una evidente violazione del divieto di interferenza negli affari interni di un altro stato. È pertanto almeno lecito domandarsi se la nomina effettiva del predetto ad opera del Presidente della Repubblica italiana, non costituisca addirittura un illecito, dato che il Presidente non avrebbe operato in completa libertà e autonomia come prescrivono la Costituzione e il diritto internazionale, che ritiene che un soggetto di diritto internazionale sia effettivo solo se “indipendente” al punto che le proprie norme e azioni non “dipendano” dalla volontà altrui ed esterna (o addirittura non vengano *legittimate* da un altro soggetto) con la conseguenza che il Capo dello Stato potrebbe, se del caso, essere “sospettabile” di violazione degli artt. 54 e 90 Cost.

Qui, naturalmente, occorre fare una distinzione tra le “pressioni” esterne e quelle interne. Quelle esterne, infatti, possono ben rappresentare una violazione del principio della non interferenza negli affari interni di un altro stato, fino al limite addirittura della aggressione, sia pure esercitata con strumenti elettronici o altro⁴⁵. Dal punto di vista interno, invece, il tema è ancora più delicato e complesso, nella misura in cui l’uso di questi strumenti, deliberato e non, statale e non, può interferire

⁴³ Ma v., *infra*, § 7 per qualche maggiore precisazione.

⁴⁴ V. sul punto il mio G. GUARINO, *Migrazioni, terrorismo e sovranità*, in A. DI STASI, L. KALB, *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 23 ss. ma specialmente 66 ss. e v. anche, tra gli altri, l’inventore del concetto, G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in [HRR-Strafrecht: Online Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht](#), 2004, n. 3, 88 ss. «Bürgerstrafrecht ist das Recht aller, Feindstrafrecht das Recht derjenigen, die gegen den Feind stehen; dem Feind gegenüber ist es nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg», ma v. anche L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in [Questione Giustizia](#) n. 4, 2006.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen. 2006, n. 2, 735 ss.* e *ivi* ampia bibliografia. Concetti, questi, non poi tanto sorprendenti se si pensa alle tesi odierne del «diritto penale vendicativo», uno dei quali effetti, che più perversi non si può immaginare, è il “demenziale” «ergastolo ostativo» (caro ai nostri politici, in particolare della Lega e del Movimento 5Stelle), condannato dalla dottrina, v. per tutti S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”*: *dalla corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 6.10.2019 e naturalmente E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Milano, Donzelli, 2019, e la sentenza della *Corte europea dei diritti dell’uomo*, Affaire Marcello Viola C. Italie (No 2), 13 giugno 2019, n. 77633/16 e infine cancellato del tutto con la sentenza 221 del 23 ottobre 2019.

⁴⁵ Sul punto ci sarebbe molto da dire, ma v. di recente N. TSAGOURIAS, *Electoral Cyber Interference, Self-Determination and the Principle of Non-Intervention in Cyberspace*, in [EJIL:Talk! the blog of the European Journal of International Law](#), 26.8.2019, e *ivi* ulteriore bibliografia.

pesantemente nella *effettiva* libertà di scelta e di decisione dei singoli e dei gruppi di cittadini, falsando così il risultato della loro espressione di volontà, anzi falsando addirittura il processo di formazione di quella volontà. Qui, infatti, si interferisce con uno degli istituti fondamentali del diritto internazionale quale il principio di autodeterminazione dei popoli.

È dunque in questa prospettiva che è possibile, anzi doveroso, riportare oggi nella giusta chiave la disposizione del terzo *considerando* della *Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo* dove si richiama appunto, e in termini estremamente netti il tema⁴⁶ proprio sotto il profilo della coartazione della volontà effettiva del popolo da cui consegue la legittimità della stessa rivoluzione. Insomma, come ho avuto occasione di mostrare altrove, il principio di autodeterminazione, non solo è attuale e presente, ma impone sempre di verificare la realizzazione *di fatto* e non solo formale di esso. Tema, mai come oggi, presente e perfino drammatico, anche se per lo più visto da un punto di vista esclusivamente internazionalistico, di conflitto insomma tra stati e molto meno di rispetto del principio democratico *negli* stati, che invece sempre di più appare come il presupposto di quello. In effetti, detto qui molto rapidamente, è proprio il rispetto e specialmente la *garanzia* del rispetto dei principi di democrazia *negli* stati, ciò che serve per dimostrare che anche nella Comunità internazionale, che, appunto, li garantisce, i principi democratici siano di fatto presenti e riconosciuti, superando così, a mio parere, l'ormai superato concetto del *deficit* democratico della Comunità internazionale⁴⁷, nel senso che, e mi fermo qui, se per democrazia si intende solo un sistema di consultazione popolare attraverso sistemi elettorali di vario tipo e con tutti i limiti appena descritti, è addirittura banale che esso non possa esistere con riferimento alla Comunità internazionale. Ma se democrazia significa, come già da tempo affermato proprio dal diritto internazionale in particolare dell'autodeterminazione, rispetto della volontà *effettiva* dei popoli, il "meccanismo" per accertarla è irrilevante⁴⁸, ciò che conta è il risultato, almeno finché un "Governo mondiale" non sarà realizzato ... sempre che tale sia la "giusta" strada.

4. La struttura dei rapporti tra ordinamenti internazionale e interni: gerarchia o anarchia.

Conviene ora, forse, tentare anche un piccolo passo ulteriore.

Qualunque sia la natura che si intenda riconoscere al diritto internazionale, è un *fatto* che se due stati, o meglio due soggetti di diritto internazionale, intendono convivere e magari cooperare, devono necessariamente accettare o autoimporsi delle regole di convivenza, sia pure di natura contrattuale, cioè delle regole di diritto internazionale⁴⁹, tanto più che la loro stessa qualifica di *soggetto* deriva da una norma di diritto internazionale, e quindi solo così si arriva a disporre di diritti azionabili.

Il trattato, dunque, una volta stipulato del tutto liberamente, determina due conseguenze. La prima è che il soggetto che lo ha stipulato, essendo impegnato a rispettarlo, deve necessariamente fare sì che il proprio sistema giuridico sia conforme o si conformi alla norma contrattuale sottoscritta. Ciò,

⁴⁶ *Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo*: « *Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law* », A/RES/217 (III), 10.12.1948

⁴⁷ V. sul punto A. PETERS, *Dual Democracy*, in J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization*, cit., 267 ss.

⁴⁸ V. sul punto ampiamente il mio lavoro cit., *infra*, nt. 108.

⁴⁹ V. sul punto H. BULL, *The Anarchical Society, A Study of order in world Politics*, London, MacMillan Education, 1977, 13: « *A society of states (or international society) exists when a group of states, conscious of certain common interests and common values form a society in the sense that they conceive themselves to be bound by a common set of rules in their relations with one another, and share in the working of common institutions. If states today form an international society ..., this is because, recognising certain common interests and perhaps some common values, they regard themselves as bound by certain rules in their dealings with one another, such as ... that they should be subject to certain limitations in exercising force against one another. At the same time they cooperate in the working of institutions such as the forms of procedures of international law, the machinery of diplomacy and general-international organisation, and the customs and conventions of war* » (corsivo mio).

ovviamente, è il tema dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale, dove però è *necessario* concludere che, se una norma contrattuale internazionale confligge con una norma interna, la norma internazionale benché contrattuale prevalga sulla norma interna eventualmente confliggente. Prevalga, dico, *necessariamente*, cioè *normativamente*. Ciò dunque, per dirlo in altre parole, non richiede in alcun modo né che vi sia una norma internazionale che *obblighi* alla prevalenza di quest'ultimo sugli ordinamenti interni, né che vi sia una norma interna sulla gerarchia delle fonti, che obblighi a rispettare la norma internazionale⁵⁰. È il fatto in sé di avere, ad esempio, stipulato un trattato internazionale che determina, innanzitutto logicamente, ma quindi anche giuridicamente, la conseguenza indicata.

Ma non basta.

Perché è evidente che lo stato che stipula un trattato, lo fa garantendone per ciò stesso il rispetto salvo a pagarne le conseguenze. Chi stipulerebbe mai un accordo con uno stato, non sapendo (o prevedendo, o sperando, o, *giuridicamente* contando) che l'altro lo rispetterà o che potrà pretendere il rispetto, pretendere giuridicamente cioè legittimamente. E dunque la norma *pacta sunt servanda* è, a sua volta, *necessariamente* in vigore anzi, per la precisione, è la *condicio sine qua non* per la stessa stipula del trattato, altrimenti, come dicevo, nessun soggetto rispetterebbe gli accordi, anzi non vi sarebbero accordi, vi sarebbe cioè il *caos*, non l'anarchia, che invece è *il modo di essere del diritto internazionale*.

Il soggetto che stipula un accordo non ha alcun modo per garantirsi l'esecuzione se non, come dicevo prima, la certezza di poterne giuridicamente pretendere il rispetto: *giuridicamente* e quindi non solo usando la forza, che certo è, in astratto, sempre a disposizione del soggetto, sia nel diritto internazionale che nel diritto interno.

Quando ad esempio, per riferirmi ad un mio recente studio⁵¹, Ramses II stipula un accordo di pace con Khattushili III, dopo avere perso (o forse "pareggiato") la guerra con gli ittiti con la decisiva battaglia di Qadesh si garantisce dal possibile cambiamento di idea dell'avversario, sia ospitando sul proprio territorio il pretendente al trono ittita (Murshili III, tra l'altro verosimilmente più legittimo del sovrano regnante), sia sposando le figlie del re ittita, e infine giurando, non diversamente dall'altro, agli dei che avrebbe rispettato il trattato; ma non minacciando (o se vogliamo non solo, tanto più che in quel momento era in una posizione di "debolezza") di usare la forza, ma anzi, stipulando quello che oggi definiremmo un trattato di mutuo soccorso, insomma una alleanza militare tale che in caso che l'uno sia attaccato l'altro *deve* intervenire a sua difesa. Anzi quel "giuramento" è un modo per dire che esisteva una norma che imponeva il rispetto dell'accordo.

Insomma, una gerarchia tra norme è possibile solo in due modi: o di diritto o di fatto.

Cioè, può darsi il caso, e si dà, che nell'ambito di un determinato ordinamento o sistema giuridico, vi sia una gerarchia che individui nella norma "x" una prevalenza normativa sulla norma "y", che funzioni sempre, ma sempre interpretazione permettendo⁵². E ciò può ben accadere anche strutturalmente tra ordinamenti diversi, come è il caso dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento degli stati membri, dove la scelta della prevalenza dell'uno sull'altro è dell'ordinamento più generale, che "impone" esplicitamente la propria prevalenza, proprio perché se non fosse così, l'ordinamento più generale non solo non potrebbe funzionare, ma non avrebbe senso. Ma tale

⁵⁰ Non è certo un caso che la stessa giurisprudenza costituzionale ha sempre dato per acquisito questo dato, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 117, comma 1, Cost. Del resto, già Mortati, parlava di leggi particolarmente garantite con riferimento alle norme di attuazione di un trattato internazionale.

⁵¹ G. GUARINO, *Il trattato di Qadesh: dimostrazioni di forza, appeasement, propaganda. Alle origini del diritto internazionale*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2019, 185 ss., v. anche G. CAVILLIER, *La battaglia di Qadesh: Ramses II alla conquista dell'Asia, fra mito, storia e strategia*, Torino, 2006, Cap. II, 11

⁵² È significativo il caso verificato proprio in Italia, dove la norma dell'art. 10, comma 1, Cost., che sancisce l'applicazione automatica e immediata delle norme generali di diritto internazionale nell'ordinamento italiano, venga interpretata in maniera tale da ... non funzionare in determinati casi. Magari, malamente interpretata, ma alla fine il risultato è quello: v. G. GUARINO, [Corte Costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?](#), *cit.*, specialmente 10 ss.

imposizione vale solo fin tanto che lo stato membro non eserciti la propria libertà di “liberarsi” dell’ordinamento comunitario. Il che lo stato, può fare, perché l’ordinamento comunitario è di derivazione contrattuale. Ma su ciò anche più avanti⁵³.

Ma, “fare parte” dell’ordinamento internazionale, non è una scelta contrattuale, è un dato di fatto al quale non si può sfuggire non diversamente da come uno stato non può non fare parte del Mondo.

E dunque, come dicevo, “di fatto”, per il fatto di fare parte della Comunità internazionale, che c’è, è innegabile, e come ogni società o comunità umana “crea” diritto, sia pure di fatto e quindi si rivolge ai suoi membri, che sono soggetti di diritto internazionale, e che quindi devono “trasferire” i suoi comandi in norme interne, ma, lo facciano o meno e lo facciano o meno una volta e per tutte, vi sono norme che si impongono da sé, direttamente, *all’interno degli stati*⁵⁴: non solo, come ovvio, le norme in materia di diritti dell’uomo, ma anche, e principalmente, quella che impone ai soggetti di rispettare il diritto internazionale: *consuetudo est servanda* è ben altro e più della più “banale” *pacta sunt servanda* perché quest’ultima è valida e funziona solo grazie a quella⁵⁵.

In questo senso, dunque, la stessa sovranità rientra nel sistema dell’ordinamento, è un istituto di diritto internazionale e funziona nel rispetto delle norme di diritto internazionale: in altre parole, sovranità non vuol dire affatto *superiorem non recognoscere* se non altro perché le regole vanno rispettate, anche se non sono emesse da un ente superiore, ma, e parlo ovviamente delle norme generali, sono il prodotto della volontà collettiva espressa nella Comunità internazionale, attraverso i soggetti di essa e questa *volontà* è per definizione superiore. Del resto, detto incidentalmente, *superiorem non recognoscere* implica di per sé che i *non recognoscentes* siano più di uno e dunque siano tutti uguali, tutti sovrani, ma obbligati tutti a riconoscere che una norma impone di rispettare certe regole e poi i trattati, ecc., non a caso un soggetto è sovrano se il suo ordinamento è originario, non se non riconosce le regole della convivenza internazionale tanto è vero che in caso di successione tra soggetti, mentre sopravvivono solo i trattati “localizzati” nessuno revoca in dubbio che le norme generali valgano integralmente per il nuovo soggetto.

Sto parlando, insomma, di quella che in altre occasioni ho definito la “logica” della struttura, complessa, che costituisce il diritto, della quale struttura fanno parte (contribuendo a costruire quella logica) i singoli sistemi o meccanismi giuridici e le singole disposizioni, per non parlare delle convinzioni e tradizioni giuridiche dei vari paesi e soggetti di diritto internazionale, tutti. Tutte queste norme hanno un senso e “funzionano” solo se coerenti, appunto, a quella logica. Non è un caso se, in un trattato fortemente orientato a problemi concreti come il trattato UE, si sia sentito il bisogno esattamente di prevedere gli effetti della fusione o dell’incontro tra vari ordinamenti giuridici, sia interni (quelli degli stati membri) che internazionali (quelli della Convenzione sui diritti dell’uomo e gli stessi trattati europei e norme derivate, per non parlare dello Statuto delle NU) attraverso l’art. 6.3, che, nella sostanza, costruisce un sistema normativo auto-generativo, se mi si passa il termine: si è, in altre parole, regolamentata l’autopoiesi⁵⁶.

⁵³ *Infra*, al § 5.

⁵⁴ Non diversamente, del resto, da ciò che accade nel diritto interno. Se lo stato impone di dotare gli appartamenti di finestre e muri che non lascino passare il calore e i rumori, sta al singolo proprietario eseguire i lavori necessari, come vuole, fatti da chi vuole, ecc. Viceversa, se lo stato impone di non ammazzare le persone, il proprietario non può farlo nemmeno nel proprio appartamento.

⁵⁵ Beninteso, se si accetta questo ragionamento e ciò che segue nelle prossime pagine, ne deriva una conseguenza non marginale. Ciò che la norma *consuetudo* non richiede in alcun modo di essere ipotizzata in quanto norma metagiuridica o pregiuridica o quel che sia, e nemmeno come norma base. Perché quella norma è posta, esattamente come tutte le altre, dalla collettività di fatto, perché è la base *logicamente necessaria* della convivenza sociale nella Comunità internazionale e, in quanto necessaria alla esistenza stessa della comunità, è, in perfetta coscienza *posta* dagli unici che possono parlarne: i soggetti di diritto internazionale, tutti, e gli organi e le organizzazioni internazionali ecc., di fatto senza esprimerla in un dettato formalizzato.

⁵⁶ Non vedo, infatti, come altro interpretare la disposizione citata nel testo, quando afferma: «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», dove le parole chiave sono “fanno parte”.

Ma, a ben vedere, c'è anche di più se si pensa all'art. 38 dello Statuto della CIG, che indica come la Corte debba risolvere le controversie, affermando che, per i soggetti che contrattualmente si sottopongono al giudizio della Corte, vale la regola per cui la Corte applica non solo i ben noti principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili (come poi farà il citato art. 6.3 TUE) ma anche le opinioni dei giuristi più accreditati, istituendo una sorta di *ius publice respondendi* ma non *ex auctoritate principis*, che non c'è fisicamente, ma è la Comunità internazionale e cioè il diritto internazionale.

E non mi pare trascurabile⁵⁷.

5. Diritto internazionale e anarchia.

Ciò posto, ne consegue che è semplicemente impossibile, anzi inconcepibile una norma, una legge o anche un sistema giuridico intero che sia in contraddizione con il resto del sistema diciamo così universale, o, meglio, che quando dovesse esserlo sul piano formale, non venga nella realtà reso inefficace o, grazie alla interpretazione, reso coerente. Beninteso, non in astratto, ma in concreto, perché se i vari ordinamenti non venissero mai in contatto, la contraddizione non avrebbe rilevanza⁵⁸.

Questo discorso, va aggiunto, prescinde del tutto dalla gerarchia delle norme e tra le norme, ma anche da una eventuale gerarchia tra ordinamenti. Una gerarchia è perfettamente possibile in un sistema strutturato gerarchicamente in maniera deliberata (come accade in molti ordinamenti interni) ma è impossibile quando la gerarchia non vi sia per l'assenza di un "potere" centrale capace di imporre quella gerarchia. Anche se ben può darsi il caso che la stessa gerarchia formalizzata, venga nei fatti sovvertita dalla interpretazione.

In altre parole, i sistemi giuridici, tutti i sistemi giuridici, sono "permeabili", nel senso, lo abbiamo visto poco più sopra, che l'uno "influenza" l'altro: così come una norma di diritto interno può contribuire alla formazione di una norma di diritto internazionale può avvenire, anzi avviene, il contrario, al punto che può accadere che una norma interna corrispondente ad una norma contrattuale internazionale, divenga inapplicabile perché in contrasto con altra norma internazionale contrattuale o non. Insomma, se un soggetto, per fare un esempio, stipuli un trattato e in conseguenza ne "trasformi" o "incorpori" poco importa le norme nel proprio ordinamento interno, quando dovesse stipulare un trattato sul medesimo o simile oggetto, con la conseguente trasformazione si determinerà una contraddizione che andrà risolta in via interpretativa, oppure (e questo è un altro punto fondamentale) alla luce delle regole internazionali sulla successione di norme⁵⁹, e quindi il soggetto sarà "giustificato" nella eventuale violazione del primo trattato⁶⁰. Esattamente lo stesso discorso vale, se il contrasto sia tra una norma contrattuale e una generale.

⁵⁷ Sul punto v. già G. GUARINO, *L'adesione della UE alla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e la Costituzione italiana*, in questa *Rivista*, *Studi 2011* (23.V.2011).

⁵⁸ Così, H. KELSEN, *Das Problem*, cit. 144 s.: «Nun ist zunächst zu bedenken, daß das Völkerrecht nicht bloß Verpflichtungen zur Normensetzung, sondern unmittelbare Verpflichtungen zu einem bestimmten Verhalten des Staates statuieren kann; so daß die besonderen Möglichkeiten, die sich, wie im folgenden ersichtlich, aus der Scheidung, zwischen Normsetzungsakt und gesetzter Norm ergeben, nicht in Betracht kommen. Allein selbst wenn man auf diesen besonderen Fall einer völkerrechtlichen Normsetzungsverpflichtung des Staates eingeht, zeigt gerade er die Unmöglichkeit einer dualistischen Konstruktion bei Vorstellung einer Überordnung des Völkerrechts über das staatliche Recht».

⁵⁹ Ad esempio, quella che stabilisce che tra un trattato a maggiore partecipazione di parti e uno a minore, ove talune delle parti del minore siano parti anche dell'altro, prevale l'accordo a maggiore partecipazione, limitatamente alle parti che lo hanno sottoscritto: art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁶⁰ Mi permetto anche qui di fare riferimento ad un mio lavoro precedente, dove cercavo di mostrare come il "gioco" delle norme contrattuali internazionali di uno stato e le norme interne basilari di un ordinamento, possano portare, di fatto cioè per necessaria interpretazione, all'applicazione proprio e solo dell'unica norma che l'ordinamento "non vorrebbe". V. G. GUARINO, *La Charte arabe des droits de l'homme dans le système universel des droits de l'homme*, in C. Zanghi, R. ben Achour (a cura di), *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme*, Torino, Giappichelli, 2006, 85 ss.

I rapporti tra i sistemi, dunque, non hanno nulla a che vedere con una “gerarchia”, ma solo con la capacità della norma specifica di essere applicata in luogo di un’altra, indipendentemente dalla collocazione della norma: il problema è sempre e comunque quello di “risolvere” la fattispecie in maniera legittima⁶¹.

Ciò non toglie affatto che una “gerarchia” tra norme sia possibile, sia di diritto che di fatto, salvo a stabilire quando si tratti di gerarchia e quando, invece, di prevalenza logica o necessaria di una norma sull’altra.

E dunque, può darsi il caso (e si dà) che, nell’ambito di un determinato ordinamento giuridico vi sia una gerarchia vera e propria che indichi che la norma “x” prevale necessariamente su quella “y”, come è il caso del rapporto tra una norma costituzionale e una norma ordinaria, nei sistemi giuridici in cui questa prevalenza è indicata. E quindi quella prevalenza c’è sempre, compatibilmente con le conseguenze della interpretazione della norma, che può determinare modifiche di fatto in quel sistema⁶². Ciò può accadere, sempre strutturalmente e cioè in quanto definita dallo stesso ordinamento⁶³, anche tra ordinamenti diversi, come è il caso tra ordinamento comunitario e ordinamenti degli stati membri, dove però è l’ordinamento comunitario che stabilisce la *propria* prevalenza, cui, in vario e diverso modo, si adattano i vari stati membri, ma, definita o non definita in termini formali, la cosa vale *purché il risultato sia quello*⁶⁴. Ma ogni soggetto è in grado di “liberarsi” dal sistema, di natura strettamente contrattuale, semplicemente uscendo dalla UE, con la conseguenza che quella prevalenza *ex lege* cessa così come è nata.

Ma, “fare parte” dell’ordinamento internazionale non è una scelta libera dei soggetti di diritto internazionale⁶⁵, ma è un dato di fatto, al quale non si può sfuggire, come non si può non fare parte del Mondo. E dunque, questa volta “di fatto”, per il *fatto* di fare parte della Comunità internazionale - che c’è, è innegabile e come ogni società umana “crea” diritto sia pure di fatto - che si rivolge ai suoi membri, che, essendo stati (o meglio soggetti di diritto internazionale) devono trasformare, trasferire, incorporare quelle norme in norme interne, insomma applicarle, anche - perché no - direttamente, e così, di nuovo - perché no - contribuire a trasformarle o costruirle *ex novo*, per cui esse, a loro volta torneranno applicabili dal soggetto, così trasformate. Beninteso, se si tratti di una norma contrattuale, come nel caso della UE, è possibile sottrarvisi, altrimenti se si tratti di una norma, come direbbe Kelsen, generale, o consuetudinaria o altro, *sottrarvisi è impossibile*, tanto più che il soggetto, per il solo fatto di esistere, *ha contribuito e contribuisce continuamente e continuativamente a costruirla*⁶⁶.

⁶¹ Che, nella misura in cui sia possibile, trattandosi di fare funzionare in gran parte norme non scritte, può più facilmente di quanto accada in altre circostanze, soddisfare esigenze di “giustizia” in senso “alto”. V. *supra* nt. 40 e § 3.

⁶² È il caso cui accennavo, *supra*, alla nt. 17.

⁶³ Nel senso che è possibile immaginare che l’ordinamento cerchi di regolamentare in qualche maniera l’interpretazione, sia “a monte” attraverso la definizione della disposizione, sia “a valle” controllandone gli effetti, ma non può certo impedire l’interpretazione se non altro per la riconduzione della fattispecie alla disposizione e poi alla norma.

⁶⁴ E lo è anche quando, come ad esempio in Germania, il Parlamento rivendica un controllo la cui valenza alla fine è solo formale, come nel caso della famosa sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco (*BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009*, 2 BvE 2/08, Rn. (1-421), *Lissabon Urteil*, in

⁶⁵ Per fare un parallelo, un soggetto privato può “scegliere” a quel ordinamento fare riferimento per taluni negozi, ma non può scegliere di non fare riferimento ad alcun ordinamento, perché, male che vada, è l’«attacco reale» (non a caso di natura interpretativa) quello che prevale. V., solo per fare un esempio perfino banale, il [Case Nottebohm, ICJ, Liechtenstein v. Guatemala, 6.4.1955](#), 25 ss.: «He had been settled in Guatemala for 34 years. He had carried on his activities there. It was the main seat of his interests. He returned there shortly after his naturalization, and it remained the centre of his interests and of his business activities», dove appunto, alla fine, è l’ordinamento, nella specie internazionale, a quale ordinamento debba fare riferimento Nottebohm.

⁶⁶ È interessante notare che c’è ancora chi dubita che una norma di diritto internazionale generale sia addirittura suscettibile di interpretazione “in quanto non scritta”. V. la discussione sul punto, francamente un po’ surreale, di O. AMMAN, *On the Interpretability of Customary International Law: A Response to Nina Mileva and Marina Fortuna*, in [Opinio Juris](#), 7.10.2019, e v. anche N. MILEVA, M. FORTUNA, *Emerging Voices: The Case for CIL Interpretation—An Argument from Theory and an Argument from Practice*, [ibid.](#), 23.8.2019

L'unica reale differenza tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni sta nel fatto che questi ultimi sono strutturati in maniera verticale, gerarchica, in quanto esiste un potere centrale in grado di e legittimato a emettere le norme, mentre il primo ne è privo, ma non per questo è privo della capacità di produrre norme, i cui destinatari sono sostanzialmente i soggetti di diritto internazionale, e solo, per ora, indirettamente gli individui⁶⁷, ai quali peraltro da un lato sono offerte garanzie atte a permettergli di fare valere i propri diritti anche contro gli stessi stati e, dall'altro, sono suscettibili di essere direttamente obbligati a rispondere dei propri comportamenti, indipendentemente dagli stati di cui sono parte⁶⁸.

In altre parole, pur se tra più sistemi normativi può non esservi un rapporto gerarchico, per la menzionata mancanza di un potere capace di imporlo come è il caso degli ordinamenti giuridici internazionale e statali, è sempre possibile, anzi è inevitabile, che se due sistemi sono connessi, tra di loro vi sia almeno una relazione di carattere strumentale per cui le norme, o talune norme, di un sistema richiedono di essere applicate prima, a prescindere o addirittura contro un altro sistema normativo.

Tutto ciò, nel caso di specie, è detto allo scopo di disegnare in termini *logici*, la struttura dei rapporti tra ordinamenti e, in particolare, tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni non solo degli stati, come ovvio.

Benché uno stato possa ben desiderare essere esente dalla necessità di applicare le norme di diritto internazionale, in nome del principio di sovranità, è proprio l'esistenza di quel principio, cioè di quella norma, e la conseguente rivendicazione di esso, che impone di tenere conto del diritto internazionale, che, se non altro, è quello, e non può che essere solo quello, che garantisce allo stato stesso, così come ad ogni singolo soggetto, la possibilità di essere titolare di quel diritto e di esercitarlo⁶⁹. Fuori del diritto internazionale, il principio di sovranità non avrebbe senso, *a meno di immaginare il caos*. Non è un caso che quando alcuni soggetti si sentono abbastanza forti da farlo, si autonomizzano, si separano, dall'ente che era ad essi formalmente superiore, sia la Chiesa che l'impero, affermando la propria facoltà, e quindi il proprio diritto, di legiferare al proprio interno⁷⁰, cosa del resto già accettata, di nuovo *ob torto collo* nella famosa Decretale *Per venerabilem* di Innocenzo III, dove il Papa "riconosce" una competenza esclusiva del sovrano locale su ciò che accade sul *proprio* territorio⁷¹.

⁶⁷ È appena il caso di citare l'*obiter dictum* della sentenza *Mavrommatis*, «By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law», Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Affaire Des Concessions Mavrommatis en Palestine, Questione preliminare*, 30.8.1924, Grecia v. Gran Bretagna, Serie A, n. 2, 12.

⁶⁸ V. fra i tanti, M. BARKUN, *Law without Sanctions, Order in primitive societies and the World Community*, New Haven, Yale Un. Press, 1968, 137.

⁶⁹ E quindi, posto che lo abbia, di sottoporlo, contrattualmente o non, a limiti, come nel caso famoso del vapore Wimbledon, dove, tra l'altro, la Corte afferma che alcune vie di acqua, per la loro importanza sono assimilabili, benché interne, a vie internazionali, quando afferma, 22: «It follows that the canal has ceased to be an internal and national navigable waterway, the use of which by the vessels of states other than the riparian state is left entirely to the discretion of that state, and that *it has become an international waterway intended to provide under treaty guarantee easier access to the Baltic for the benefit of all nations of the world*. Under its new régime, the Kiel Canal must be open, on a footing of equality, to all vessels, without making any distinction between war vessels and vessels of commerce, but on one express condition, namely, that these vessels must belong to nations at peace with Germany», per poi precisare, 27: «the fact remains that Germany has to submit to an important limitation of the exercise of the sovereign rights which no one disputes that she possesses over the Kiel Canal», v. Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Affaire du Vapeur «Wimbledon»*, 17.8.1923, Serie A n. 1.

⁷⁰ È Filippo il Bello, re di Francia (di una Francia, che lui definisce tale, forse per la prima volta) che "urla" a Bonifacio VIII: «*solum Deum superiorem habent in temporabilibus nullum alium recognoscentes superiorem in istis, nec imperatorem nec papam ...*» e il Papa, ormai impotente benché furente, risponde: «*Nec insurgat hic superbia gallicana: quae dicit quod non recognoscit superiorem*. Mentiuntur: *quia de iure sunt et esse debent sub rege romano et imperatore quia constat quod Christiani subditi fuerunt monarchis Ecclesiae romanae et esse debent ..*», cit. in F. CALASSO, *Origini italiane della formola rex in regno suo est imperator*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1930 213 ss.

⁷¹ Nel caso, come noto, il riconoscimento di figli adulterini allo scopo di successione al trono, Decretale *Per venerabilem*, Innocenzo III (1198) in *Decretalium D. Grogorii Papae IX Compilatio*, 1425 ss.

È il fatto, il dato di fatto, che più stati, o meglio più soggetti, convivono nel medesimo ambito territoriale, la terra, quello che consente di parlare e di rivendicare la sovranità, che in quanto principio giuridico è per definizione un principio di relazione.

Perché si possa parlare di sovranità in termini giuridici, infatti, è inevitabile che l'istituto della sovranità sia "un" istituto di un ordine giuridico, sulla cui natura è lecito discutere, ma sulla cui esistenza no. Non a caso, detto incidentalmente, la formula classica del nascente concetto di sovranità, *rex in regno suo superiorem non recognoscens est imperator*⁷², afferma appunto che il sovrano è tale, *nel suo regno* e dunque lo è anche nei rapporti con gli altri sovrani, che tengono conto del *suo* regno e non cercano di pretendere che non sia tale⁷³. Benché sia banale dirlo, si può ben affermare che il solo fatto che le sovranità siano molteplici, implica di per sé che la sovranità non è, né può essere, un concetto e meno che mai un diritto assoluto, altrimenti sarebbe né più né meno che l'affermazione del caos, che è, se non altro per definizione, la negazione del diritto e quindi dell'Ordinamento internazionale come ordine giuridico. Nessun soggetto, o aspirante tale, infatti nega mai che la società internazionale, o meglio la Comunità internazionale, sia regolata da norme giuridiche dette diritto internazionale. Anche se, nel definirla Comunità piuttosto che società, ne afferma la *struttura non organica* o meglio *anorganica*. Non però fino al punto, come ho riferito poco più sopra, che l'Ordinamento internazionale possa limitare strutturalmente (se pure in assenza di un atto formale) la sovranità, come ad esempio nel caso citato del vapore Wimbledon, dove giunge al risultato per via strettamente interpretativa.

E quindi, come accennato sopra, ciò che caratterizza la Comunità internazionale è la mancanza di un centro di potere capace e abilitato a imporre la norma. Dato, però, che nulla impedisce di creare quel centro di potere, il fatto che non lo si faccia indica solo la *deliberata* natura *anarchica* della Comunità internazionale - continuamente, e non per caso, pervasa da pretese o tentativi di affermazione di una propria superiorità - ma non la sua *realtà* caotica. I soggetti dell'ordinamento internazionale (e già qui la anarchia del sistema impedisce di sapere *a priori* chi è soggetto e chi non lo è) entrano tra di loro in relazione, già sapendo perfettamente non solo che esistono altri soggetti a loro simili (e uguali, per definizione, in quanto sovrani) e che tutti collettivamente non possono che stabilire, almeno di fatto delle regole di comportamento reciproco, in assenza delle quali vi sarebbe solo il caos.

Nulla, infatti in astratto come in concreto, impedisce alla Comunità internazionale di organizzarsi in maniera strutturata e gerarchica, come uno stato o, se si preferisce come le persone che fanno parte dello stato, fittizia o meno che sia stata la loro effettiva partecipazione alla legittimazione di quel centro di potere che è lo stato. Nulla, cioè, impedisce, in astratto come in concreto, ai soggetti di diritto internazionale di stipulare quel contratto sociale, magari fittizio come quello delle persone che afferiscono ad uno stato, che potrebbe trasformare quella comunità in una società organizzata gerarchicamente.

Ma è un dato di fatto incontrovertibile che, oggi come oggi e fin tanto che oggi resti come oggi, i soggetti, o, se si preferisce, gli enti che si autodefiniscono come soggetti e che, per il *fatto* che agiscono come soggetti *sono tali* non in quanto riconosciuti, ma in quanto capaci *di fatto* di farsi valere come tali finché riescono a farlo, è un dato di fatto, dico, che quei soggetti rifiutano esplicitamente e costantemente di trasformare quella comunità in una società organizzata. Rifiutano, non sono incapaci di farlo: perché se e quando lo vogliano, possono farlo, quando, ad esempio, confluiscono in *uno stato* federale, o accettano di partecipare ad una Organizzazione internazionale

⁷² Del resto, la formula era adottata anche da Bartolo nella versione *universitates superiorem non recognoscentes*, in quanto opposte alle altre. La visione di Bartolo, però, è in un certo senso, nonché più "democratica" molto più corrispondente alla concezione odierna della Comunità internazionale, dove i soggetti sono tali in quanto effettivamente tali, ma anche in quanto vogliono essere tali e finché desiderino continuare ad esserlo.

⁷³ Per non parlare del fatto che il "suo" territorio per lo stato o meglio il "suo" ambito di competenza per il soggetto di diritto internazionale, è *definito di fatto e dal fatto* che quel soggetto afferma e mantiene il proprio potere su quell'ambito di competenza, che lui stesso si è scelto: competenza che, infatti, può *anche* non essere territoriale.

“sovranaazionale”⁷⁴, che in quanto tale tende a superare le sovranità, ma di per sé non le annulla: anche perché è solo il soggetto, sovrano, quello che può rinunciare ad essere tale, cioè è il solo che può stipulare il contratto sociale, non diversamente da come lo fa, o lo abbia fatto il soggetto sovrano che confluisca in una federazione rinunciando, *volontariamente ma definitivamente*, alla propria sovranità.

Insomma, proprio perché è sovrano, un soggetto di diritto internazionale non può essere “costretto” a rinunciare alla propria sovranità, ma può rinunciarvi volontariamente e liberamente, così come può concordarne limitazioni. La rinuncia, per definizione, è definitiva (principio di autodeterminazione, a parte) mentre la limitazione è sempre negoziata.

6. Prassi, consuetudine e norme di diritto internazionale.

6.1. La formazione “dialettica” delle norme generali. L’uguaglianza sovrana.

In base a quanto detto fin qui, ciò che caratterizza il processo di formazione delle norme generali, è che tutti i soggetti, ma proprio tutti, pur essendo per definizione formalmente uguali, contribuiscono, per la loro capacità e volontà, alla formazione della *volontà comune* della Comunità internazionale: il che è tutto fuor che “democrazia diretta”, perché i singoli soggetti, *uguali*, partecipano, però, in maniera *differenziata* alla formazione di quella volontà comune, dato che la partecipazione del singolo soggetto “pesa” in ragione della sua capacità di fare valere le proprie istanze normative in maniera, ebbene sì, *dialettica*: dove la dialettica internazionale in questo caso non è espressa con il fuoco dei cannoni, nel senso che la norma generale risultante da quel processo non corrisponde necessariamente alla volontà del o dei più forti. In altre parole, mancando un procedimento formalizzato per la creazione della norma, le volontà e le convinzioni dei soggetti utili a determinarne la nascita interagiscono, dialetticamente appunto, per la formazione di quella *volontà comune*, che, lo si voglia o no, costituisce la norma: *quella norma in quel determinato momento*.

Solo così si può “spiegare” come possa accadere, in quella determinata temperie politico-giuridica, che un paese importante e fortissimo come gli USA, abbia potuto essere “condannato” per aggressione, cioè per avere violato le norme di diritto internazionale in materia di non aggressione e di non interferenza negli affari interni di un altro stato, non ostante che rivendicasse *a gran voce in quanto pretesa legittima il proprio diritto a fare valere la propria volontà di interferire*.

In questo senso, perciò, il principio della “uguaglianza sovrana”, che ha finito storicamente per essere un elemento negativo per lo sviluppo di una forma organizzata della Comunità internazionale, ed è certamente ciò che, come noto, ha depotenziato in maniera drammatica le stesse NU, viene risolto in una forma non ugualitaria, ma anche sempre meno legata alla potenza dei soggetti egemoni. È fin troppo evidente, infatti, che il “peso” dei soggetti nel processo di formazione delle norme non scritte è diverso dalla uguaglianza formale, anche se non è necessariamente legato alla grandezza o alla potenza del soggetto stesso.

In altre parole, il principio della uguaglianza sovrana svolge e ha svolto un duplice ruolo negativo e positivo nella formazione delle norme di diritto internazionale. Nel caso delle NU ad esempio come accennavo sopra, l’uguaglianza dei membri, che finiva per mettere sistematicamente in minoranza le potenze maggiori, ha anche finito per depotenziare la funzione e l’autorevolezza delle NU. Per cui, mentre quel meccanismo è valso a garantire in larga misura il processo di decolonizzazione e

⁷⁴ Uso il termine solo perché “di moda”, ma solo per riferirmi alle Organizzazioni internazionali che sono soggetti di diritto internazionale, e quindi in quanto tali in grado di imporre, non solo contrattualmente, norme ai membri, ma specialmente di agire indipendente da essi.

l'autodeterminazione dei popoli⁷⁵, ha portato al progressivo “allontanamento” delle grandi potenze dalle NU e più precisamente dalla AG, anche se, per un po', ha potenziato il ruolo del CdS⁷⁶, a sua volta poi bloccato dall'uguaglianza sovrana dei membri permanenti, i cui veti incrociati hanno finito per mettere a tacere lo stesso CdS.

Non è quindi un caso, che l'unico modo in cui i soggetti di diritto internazionale riescono ad esprimere una valutazione formalizzata, insomma scritta o comunque esplicita, della propria volontà normativa, a valenza collettiva, sia il meccanismo del *consensus*, cioè una manifestazione di volontà collettiva *non* espressa attraverso un voto⁷⁷, di soggetti uguali e sovrani, anche perché il voto esprimerebbe un consenso non negabile dei singoli soggetti con quella proposizione e quindi sarebbe una forma di accordo⁷⁸ che equivarrebbe ad esprimere una posizione formale, mentre così si lascia aperta la possibilità di considerarla una volontà collettiva non individualizzabile, tanto più che, mentre il meccanismo del *consensus* non obbliga a “contarsi”, permette di realizzare un atto giuridico normativo, mediante un meccanismo politico, dove cioè l'uguaglianza sovrana viene sostituita dalla capacità e dalla autorevolezza (e, perché no, dalla forza) politica dei soggetti; come dicevo, *dialetticamente*. È, quel meccanismo, il caso più evidente di connessione della politica con il diritto; cosa che in un sistema formalizzato e organizzato gerarchicamente non può mai accadere. La politica, insomma, assume le vesti di un elemento formale nella formazione delle norme. Non è certo un caso che quel meccanismo sia esplicitamente richiesto, magari come esclusivo, negli Statuti di alcune Organizzazioni internazionali oltre che in una *non Organizzazione* come l'OSCE, che, a sua volta, non ha alcuna forma concreta.

Il diritto internazionale generale, dunque, non è costituito solo da norme *consuetudinarie* ricavabili da una *prassi* prolungata nel tempo con la convinzione che quella prassi costituisca norma⁷⁹, ma è quel fenomeno complesso che ho descritto altrove⁸⁰, dove la prassi e la consuetudine sono *due* dei modi o meglio dei procedimenti per costruire le norme generali cioè le norme che, non avendo un “padrone” contrattuale sono di fatto le norme per tutti e da tutti, mentre il complesso di quelle contrattuali è garantito dalla norma *pacta sunt servanda*, a sua volta non scritta e che viene dimostrata esistente tutte le volte che il soggetto che, platealmente e magari ostentatamente, viola la norma pattizia dichiara di *non* violarla: cioè riconosce, ammette, che quella norma c'è e tutte le volte in cui chi abbia subito la violazione dell'accordo *pretende* che l'accordo venga rispettato. Per *pretendere*, lo ho già accennato più sopra, bisogna avere (o immaginare di avere) il diritto di pretendere e questo diritto è conferito dalla norma generale *pacta sunt servanda*⁸¹.

Da ciò deriva, mi pare, che la “norma consuetudinaria”, d'ora in avanti semplicemente “norma generale”, non è, né può essere, frutto diretto della prassi, intesa come comportamento effettivo di

⁷⁵ Ad es. la ben nota e fondamentale Risoluzione A/RES/1514 1960 sulla decolonizzazione e l'autodeterminazione dei popoli, è stata adottata a maggioranza di 89 membri con 9 voti contrari (delle grandi potenze, appunto), v. UN/Doc. A/L.323 Add. 1-6 e A/PV.947, così come la immediatamente successiva A/RES/1541, 1960, A/PV.948.

⁷⁶ Che ha potuto agire, sia pure per interposti stati, contro l'Iraq all'epoca della occupazione del Kuwait, ma poi si è progressivamente “spento” se solo si pensi al silenzio imbarazzante sulla situazione in Israele.

⁷⁷ È significativo che, ad es., mentre le prime due A/RES/2200, 1966 siano state adottate all'unanimità dei votanti (UN Doc. A/PV.1496, 1966) la ben nota *Dichiarazione* (lo stesso termine usato per quelle di cui alla nt. 75) sulle relazioni amichevoli, A/RES/2625, 1970 (A/PV.1883, A/8082) sia stata adottata «senza voto», cioè mediante *consensus*.

⁷⁸ Non per dire, ovviamente, che una risoluzione delle NU sia un accordo, ma solo per mettere in evidenza che un voto palese a favore, esplicita una “posizione ufficiale” di uno stato.

⁷⁹ Non è mai un male ricordare come questa definizione della consuetudine sia stata messa un po' in ridicolo dal R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Liguori, 1988, 130 s. quando afferma che se così fosse ogni consuetudine sarebbe fondata su un errore: l'errore di credere che una norma vi sia, laddove, invece, è in via di costruzione.

⁸⁰ *Supra*, alla nt. 36.

⁸¹ Che dunque, ma su ciò non qui, non può essere considerata metagiuridica, dato che è la norma strumentale di questo ordinamento giuridico oggi, e sottolineo oggi, perché, come di nuovo ho già osservato sopra, nulla impedisce di nonché immaginare volere un sistema giuridico internazionale formalizzato, posto che i soggetti lo vogliono o che un soggetto si imponga a tutti gli altri.

uno o più soggetti. La prassi è solo un elemento per la ricostruzione di una eventuale norma generale, di formazione consuetudinaria o meno che sia, un elemento che potrebbe rivelarsi irrilevante per la formazione effettiva della norma, e che potrebbe addirittura anche mancare. Insomma per fare un esempio banale: il *fatto* per cui gli USA, la Russia, la Turchia (beninteso a diversi titolo e motivazione) entrano ed escono liberamente sparando e bombardando dalla Siria, così come la pervicace occupazione e annessione da parte israeliana dei territori palestinesi⁸², non credo che possano avere determinato la formazione di una norma che consente atti del genere, indipendentemente dal fatto che vengano o meno “perseguiti” dalla Comunità internazionale⁸³. Così come, il *fatto* importantissimo per il quale la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati definisce esplicitamente l’istituto dello *ius cogens*⁸⁴, non ne determina l’esistenza certa come norma generale di diritto internazionale⁸⁵.

Ciò non toglie che anche il comportamento negativo dei soggetti, che ad esempio insistano nell’affermare che *non* stanno violando la norma, finisce per confermare indirettamente che la norma esiste.

Per questa via, posto che come ovvio nel diritto internazionale parlare di fonte di produzione giuridica è impossibile, la prassi finisce per essere l’unico modo attraverso il quale si può costruire, nel consenso generale, una norma o constatare se una norma sia o meno già nata o in via di nascita o, anche, se una presunta norma non sia affatto nata. In questo delicato e complicato processo, si inserisce anche la figura del *persistent objector*, legittimato, secondo la dottrina dominante, a non applicare la norma *in fieri* fin tanto che non sia nata. Il punto è che l’intero procedimento di identificazione della possibile norma e di prova della sua accettazione è interamente devoluto, certamente alla prassi come detto sopra (e quindi sia in quanto quel comportamento venga seguito, sia perché venga combattuto, ecc.) ma poi in larga e determinante misura all’interprete, e non potrebbe essere altrimenti⁸⁶. Ma dato che, o nella misura in cui, la norma nasce nel senso che se ne percepisce l’esistenza, appunto, da una qualche forma di riconoscimento (ma non di accettazione) della sua esistenza (la norma dunque *già c’è!*), vuol dire innanzitutto e necessariamente, che la norma nasce in base ad una valutazione della opportunità che quella norma vi sia, indipendentemente dal fatto che il corrispondente comportamento sia seguito: è questa la dialettica cui mi riferivo sopra, che diventa determinante ed esclude in maniera certa e definitiva che il comportamento che origina la norma o la convinzione della opportunità che quella norma vi sia possano essere “spontanei”, nel senso di non

⁸² Definiti tali, tra l’altro, dal Parere della Corte internazionale di giustizia sul muro (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9.7.2004) e dalla sentenza della Corte giust. UE del 25 febbraio 2010, C-386/08, *Firma Brita GmbH vs. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*.

⁸³ Come sembrerebbe dare per scontato l’Autore di cui *infra* nt. 104.

⁸⁴ Sul cui contenuto e consistenza il dibattito è ancora più che aperto, come è ben dimostrato dalle improbabili proposte della ILC, che tutte ruotano intorno alla prova della accettazione della norma da parte della Comunità internazionale “as a whole”, senza poter mai definire quale detta prova possa essere. V. UN Doc. A/74/10, 2019, 147 ss.

⁸⁵ V. ad es. di recente F. SALERNO, *L’obbligo di non riconoscimento di situazioni territoriali illegittime dopo il Parere della Corte Internazionale di Giustizia sulle isole Chagos*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, 729 ss., specialmente 746 ss.

⁸⁶ Del resto la conclusione dell’*International Law Commission* sull’accertamento delle norme di diritto internazionale consuetudinario non a caso sembra chiusa in un circolo vizioso, Conclusione 2: «To determine the existence and content of a rule of customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice that is accepted as law (*opinio juris*)», e, Conclusione 2: «1. In assessing evidence for the purpose of ascertaining whether there is a general practice and whether that practice is accepted as law (*opinio juris*), regard must be had to the overall context, the nature of the rule and the particular circumstances in which the evidence in question is to be found, 2. Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element». Si potrebbe aggiungere la sorpresa di vedere che secondo il *Rapporteur*, l’accertamento della prassi riguarda solo gli stati e, eccezionalmente, le Organizzazioni internazionali! Peraltro va sottolineato che nella conclusione 8, il *Rapporteur* immagina: «2. Provided that the practice is general, no particular duration is required» e la prassi sarebbe generale (*ibid.*) «1. ..., meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent», v. ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, UN Doc. A/73/10, 2018.

volontari e deliberati, addirittura «unconscious»⁸⁷. Che ciò sminuisca moltissimo, quando non cancelli del tutto, il valore della figura del *persistent objector*, sembra evidente.

Non di accettazione, dicevo, perché la accettazione della norma implica che essa già vi sia, e che non sia soltanto un comportamento di uno o più soggetti, insomma una prassi, per cui la accettazione di una prassi non è creazione di diritto, ma sottomissione alla volontà altrui⁸⁸. Delle due l'una, insomma: o la norma è *riconosciuta* in quanto quindi già esiste, o si agisce coscientemente per determinare la nascita di quella norma⁸⁹ o, anche, per confermarla perché la norma, così formata, persiste e funziona nella misura in cui sia riconosciuta dalla Comunità internazionale, non necessariamente attraverso la ripetizione di quel comportamento, ma nel riconoscimento, all'occasione, che quel comportamento è (ancora) dovuto⁹⁰. Ciò rafforza l'idea per cui la nascita della norma prescinde interamente dal trascorrere del tempo. Ed altresì dal fatto che sia o meno praticata o riconosciuta da un numero rilevante di soggetti (e non solo di stati!) dato che il procedimento di formazione della norma non è democratico in senso formale (la maggioranza dei soggetti uguali) ma democratico in senso sostanziale⁹¹: è frutto della dialettica di cui parlavo più sopra. E ripeto, *democratico*, dato che la norma è tale perché corrisponde ad una coscienza sociale diffusa, che è anche di più della volontà della *international community as a whole* e che prescinde del tutto dalla *effettiva* pratica di quella norma.

6.2. La funzione della prassi.

E dunque, la prassi è, benché fondamentale, “solo” il principale strumento di accertamento e analisi comunemente usato, invero non solo nel diritto internazionale, ma in esso largamente prevalente. Dove per prassi si intende: *a.*- il modo in cui i soggetti di diritto internazionale⁹² *effettivamente*

⁸⁷ *Contra v. H. KELSEN* (Revised by R.W. Tucker), *Principles of International Law*, New York, Holt, 1967, 441.

⁸⁸ Quello della “accettazione” è sempre uno dei punti salienti nella definizione delle norme generali (termine adottato dal redattore dei rapporti sullo *ius cogens*, finalmente!) e nel loro accertamento, il che inevitabilmente conduce ad un circolo vizioso. V. ad es., D. TLADI, *Second Report on jus cogens, ILC, UN Doc., A/CN.4/706*, 18, § 37 e *passim*, che, in riferimento all'art. 53 *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, afferma: «First, the relevant norm must be a norm of general international law. Second, this norm of general international law must be accepted and recognized as having certain characteristics, namely that it is one from which no derogation is permitted and one which can be modified only by a subsequent norm of *ius cogens*». Ciò che lascia estremamente perplessi in tutta questa discussione è il fatto di volere affermare che una norma inderogabile è tale se è sia una norma di diritto internazionale generale (quindi non scritta o se si preferisce di formazione consuetudinaria, benché magari derivante da una norma scritta, per definizione, però, valida solo per chi la abbia sottoscritta) sia una norma accettata (e riconosciuta) dalla Comunità internazionale “as a whole”. Sorvolo sull'idea della «*opinio juris cogentis*» di cui a pagina 40, §78.

⁸⁹ Interessante citare il caso famoso *La Jeune Eugenie*, dove il difensore del comandante della nave accusato di commercio di schiavi, ritenuto contrario al diritto internazionale, afferma, 14: «I propose to show: 1. That there is no other principle to which to refer national law, in a court having jurisdiction of the law of nations, than the *assent of nations*; and that such assent can be known only by custom or usage. 2. That as to slavery generally, or the African slave trade in particular, *nations have expressed no opinion, no assent*, which can be noticed in a national court», *Circuit Court of the United States*, Boston, December 1821, W. MASON, *Report of the Case of the Jeune Eugenie*, Boston, Wells and Lilly, 1922.

⁹⁰ V. sul punto già E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1956, 39: «... la peculiare struttura della consuetudine esige che la sua massima di condotta sia mantenuta in vigore, non già con un mero processo interpretativo (come la legge), ma con un processo confermativo, di continua ripetizione: forze della medesima natura di quelle che la generarono, sono anche chiamate a mantenerla in vita e ad assicurarne la continuità nella comunione dei consociati. Che la credenza individuale del singolo partecipante possa divergere dalla convinzione collettiva, è un fenomeno che dipende dall'inevitabile differenziarsi dello spirito individuale dei singoli rispetto alla vivente spiritualità della loro comunione, e anche dal naturale diverso atteggiarsi della funzione sociale degli istituti e dell'interesse individuale di coloro che in concreto ne perseguono l'attuazione».

⁹¹ In completo dissenso quindi, dalle conclusioni del *Rapporto* di cui *supra* nt. 88, 48, *Draft conclusion 7.3*: «Acceptance and recognition by a large majority of States is sufficient for the identification of a norm as a norm of *ius cogens*. Acceptance and recognition by all States is not required».

⁹² Ribadisco, *tutti* i soggetti, non solo gli stati, così come *tutta* la giurisprudenza, non solo quella internazionale, per non parlare della dottrina, ecc.

agiscono o dichiarano che si debba agire, posto che il loro comportamento corrisponda ad un “modo di fare o di pensare” generalizzato o supposto tale, oppure dovuto o supposto tale, ma anche, *b.*- il modo in cui i soggetti stessi, valutano quel comportamento in termini giuridici, specie se quel comportamento è accompagnato dalla dichiarazione di volerlo, appunto, seguire in quanto considerato legittimo o non seguire perché considerato illecito. Perché solo se, un certo comportamento - come vedremo non necessariamente comune, basta usarne o parlarne una volta sola! – è considerato giuridicamente valido e lecito, non solo dai soggetti che lo mettono in atto, né solo dagli altri soggetti, né da entrambi, ma anche *nella logica* che “regola” il sistema, o meglio, che si desume dal sistema, quel comportamento *può* diventare “fonte di produzione” di diritto, così come più semplicemente elemento utile per la deduzione della esistenza di una norma, che corrisponda al “sentire comune” della Comunità internazionale, cioè “fonte di cognizione”.

Un elemento di detta prassi, definendola così in termini più ampi e omnnicomprensivi, è costituito anche dalle dichiarazioni, affermazioni, valutazioni, ecc., dei soggetti di diritto internazionale e degli organismi, per esempio organizzativi e giudiziari, esistenti (di nuovo spesso solo di fatto) sulla scena, in quanto espressioni sia della volontà di determinare una norma, sia del riconoscimento della sua esistenza, sia anche del rifiuto della sua esistenza o della sua validità. Come accade ad esempio nel caso del, più volte ribadito da moltissimi e in moltissimi casi, divieto generale dell’uso della forza, a proposito della effettiva esistenza del quale mentre non vale certo la prassi, che attesterebbe invece della grande frequenza dell’uso della forza⁹³, è, invece, altrettanto fattuale non solo che tutti i soggetti di diritto internazionale che usano la forza si affannano sempre ad affermare che, *in quel caso*, addirittura non stanno usandola o che la stanno usando lecitamente, ma per di più è anche vero che gli *altri* soggetti in genere la condannano, quando non usata da loro, ma specialmente gli stati usano, relativamente, di rado la forza, e sempre così dicono sempre, sostanzialmente come *extrema ratio* o come legittima difesa. Tutto ciò, insomma, è parte della prassi che determina la norma, e quindi la *consuetudine* non è altro che *uno dei processi* attraverso il quale si forma la norma⁹⁴, mentre il semplice ripetersi di un comportamento *non* determina la norma o almeno non basta a determinarla⁹⁵.

⁹³ Il che, se della prassi valesse l’interpretazione e la ricostruzione normativa su cui più avanti nel testo, varrebbe ad affermare la piena legittimità dell’uso della forza quando un soggetto desideri usarla, ad esempio come definita all’art. 12 del *Covenant*, dove l’ineluttabilità dell’uso della forza e la sua, almeno, non illiceità, traspare chiaramente nella frase: « ... they agree in no case to resort to war until three months after the award by the arbitrators or the judicial decision, or the report by the Council ... », ma nemmeno vanno sottaciuti i co. 6 e 7 dell’art. 15: «If a report by the Council is unanimously agreed to by the members thereof other than the Representatives of one or more of the parties to the dispute, the Members of the League agree that they will not go to war with any party to the dispute which complies with the recommendations of the report./ If the Council fails to reach a report which is unanimously agreed to by the members thereof, other than the Representatives of one or more of the parties to the dispute, the Members of the League reserve to themselves the right to take such action as they shall consider necessary for the maintenance of right and justice».

⁹⁴ Per usare una espressione abbastanza famosa: «Customary law, like all law, is positive, man-made law. Law regulates its own creation. Treaty and custom are two different, independent procedures for creating international legal norms ... custom can lead to norms of particular or general international law: but we speak of custom here only as a procedure for creating rules of general international law», J. L. KUNZ, *The nature of customary international Law*, in *The American Journal of International Law*, 1953, 666, e in critica a R. AGO, *Scienza giuridica e diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè, 1950, che, come noto, definisce la consuetudine come una norma che sorge *spontaneamente* nella coscienza dei soggetti: «the science of law is here occupied only with the ascertainment of the principle, not with its source».

⁹⁵ La cosa non sembra molto perspicua, per citare uno scritto recentissimo, ad es., D. AKANDE, *The Diversity of Rules on the Use of Force: Implications for the Evolution of the Law*, in [EJIL:Talk! the blog of the European Journal of International Law](#), 11.11.2019, quando afferma, pasticciando un po’, a mio modesto parere, sui concetti e sugli istituti, «Indeed ... , it is typical to see extensive reference to state practice over time with the implicit suggestion (often implicit) being that as practice evolves so will the rules [cosa che a me, invece, sembra ovvia]. However, when one stands back to think about the structure and position of the rules in question – the diverse nature of those rules – it becomes clear that the issue of how they may or how they have changed is not that simple. Even if the rules relating to the use of force by states are contained in customary international law, they remain nonetheless treaty rules. Moreover, they are not just rules in any old treaty – these are rules in the UN Charter which claims superiority over other treaties».

6.3. Diritto internazionale e fatto.

E dunque. Che, nel diritto internazionale, “*ius est factum*”⁹⁶ è un dato, a mio parere, scontato specialmente nel diritto internazionale moderno dove i tentativi di fornire a quell’ordinamento istituzioni capaci di funzionare sembra del tutto fallito, ma per esplicita e concreta volontà degli stessi soggetti della Comunità internazionale⁹⁷, nei quali, peraltro, risiede, a mano a mano che si formano, il “potere” - se non unico certo fondamentale seppure non formalizzato in istituzioni paragonabili a quelle degli stati o di enti comunque organizzati come una organizzazione internazionale⁹⁸ - di formare le norme e di pretenderne il rispetto. Per cui la Comunità internazionale è semplicemente il luogo astratto nel quale si formano, e fin tanto che si formano, sia le norme che i soggetti, e pertanto non preesiste o viene costruita successivamente ai soggetti: c’è perché e quando vi sia più di un soggetto capace, di fatto, di agire. Per così dire: nasce e scompare con i soggetti⁹⁹. In essa risiede quindi anche una sorta di *autorità*, che però non si esprime imponendo regole, anzi non si esprime affatto, restando una entità del tutto astratta, ma non ipotetica, reale. Tanto che, nel progetto di norme sulla responsabilità internazionale della *International Law Commission*, si può legittimamente usare un’espressione, in sé fantasiosa, come “international Community as a whole”.

Ius est factum, però, non vuole certamente dire, come osservato più sopra, che *ogni* fatto (o *serie di fatti*) è *sempre* dritto. Se, infatti, così fosse, la società o Comunità internazionale sarebbe, in pratica, *legibus soluta* così come, per conseguenza, i soggetti di essa. È, invece, diritto quel fatto che, in qualche modo, riesca ad assurgere alla dignità di norma:

a.- per consuetudine,

⁹⁶ V., sul punto, le belle e famose pagine del R. QUADRI, *Le fondement du caractère obligatoire du droit international public*, in *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, 1952 vol. 80, 622: «Le droit appartient au monde des réalités empiriques et psychologiques et non au monde abstrait des valeurs ... 624 ss. Si on laisse de côté les dogmes abstraits et rationalistes de l'état de nature, inventés de toutes pièces, et que l'on considère la Communauté internationale telle qu'elle existe historiquement, on s'aperçoit facilement que non seulement *ubi societas ibi ius*, mais encore *ubi societas ibi auctoritas* ... En effet, dans chaque société les éléments individuels qui la composent se trouvent être subordonnés à l'entité collective dont la volonté et l'action sont décisives pour eux. *Devant et au-dessus de chaque entité individuelle il y a l'entité collective, le corps social, dont la force irrésistible est appelée autorité* ... C'est pourquoi il est absurde de regarder la souveraineté comme quelque chose d'absolu. Aucun Etat au monde, même le plus puissant, n'est *legibus solutus*» (corsivo mio).

⁹⁷ V. ampiamente, sul punto, il mio *Per un'analisi critica*, cit., 417, 434 e *passim*.

⁹⁸ Con un linguaggio forse più risalente come la Comunità internazionale cui si riferisce, ma del tutto lucido, si potrebbero ripetere, *mutatis mutandis*, le belle, e ancora più famose, osservazioni di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977 (ma 1918), in particolare, 52 ss., dove l'A. osserva come la Comunità internazionale sia *logicamente* preesistente ai soggetti (agli stati, nelle terminologia dell'A.) nel senso che il soggetto è tale perché una regola giuridica (un ordinamento, appunto) stabilisce chi e come debba e possa diventarne soggetto: oggi diremmo, l'*effettività* dell'essere capace di “fare” il soggetto. Che, poi, quegli stessi soggetti non vogliono (come affermo io nel testo) che la Comunità internazionale sia organizzata gerarchicamente è altro discorso. Ma, sono importanti (benché per certi versi risalenti) le parole di ROMANO (60 ss.), quando afferma: «Il procedimento con cui si forma uno Stato è, senza dubbio, *pregiuridico*; ma, quando lo Stato effettivamente ha vita, esso è già un *ordinamento di diritto*, del quale fanno parte gli organi ... Non altrimenti è a ritenersi per la comunità internazionale: la sua formazione, con l'attuale sua struttura sarà stata un fatto svoltosi lentamente e certo non governato dal diritto, ma *una volta essa costituitasi* com'è attualmente, è *divenuto giuridico il principio che gli Stati dovranno contribuire con la propria volontà all'emanazione di nuove norme* ... Il momento dunque in cui sorge la prima pietra di quest'ultimo [il diritto internazionale], fondamento delle altre che vi si accumuleranno ulteriormente, non è segnato ... da questi accordi, ma *dal sorgere della stessa comunità internazionale odierna*. Il che vuol dire che gli accordi medesimi *non hanno ... una virtù propria indipendente dalla preesistenza del diritto oggettivo* ... essi invece poggiano su un principio che si è posto col porsi della comunità internazionale e si è connaturato con la sua costituzione, con i suoi attuali caratteri istituzionali» (corsivo mio) da cui l'affermazione invece difficilmente condivisibile (63), per cui lo stesso principio per cui in certi casi l'uso della forza è ammesso nel diritto internazionale è connaturato al sistema perché nessuno mai lo ha posto.

⁹⁹ Non è pertanto, a mio parere, la Comunità internazionale che stabilisce chi sono e come si formano e devono essere i soggetti, che invece “nascono” da sé ponendosi sul terreno in rapporto con gli altri. La Comunità internazionale, quindi, non è altro che il luogo dove i soggetti agiscono.

b.- per espressione normativa - di natura contrattuale, o anche contrattuale ma assurta a norma generale, a prescindere dalla categoria superata dei trattati-legge - ma anche

c.- per espressione solo propositiva - come nel caso della Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo o della Risoluzione sulle Relazioni Amichevoli degli Stati - o

d.- per affermazione giudiziaria o, anche,

e.- per “riconoscimento”¹⁰⁰ come norma (generale o particolare) da parte *dei* soggetti e quindi da parte della Comunità internazionale, per astratta che ne sia la definizione come società giuridicamente organizzata¹⁰¹, o anche, infine,

f.- attraverso una sorta di *ius respondendi* - che non a caso nel diritto romano solo nel tempo aggiunge *ex auctoritate principis*¹⁰² - dove, manca, mancava e mancherà ancora il *princeps*.

La Comunità internazionale, perciò, si può definire come una società *complessa*, una società cioè dove tutti gli elementi che la compongono (stati, soggetti non stati, organizzazioni internazionali, tribunali, ecc., ivi compresi gli individui e i giuristi, all'occasione) partecipano alla formazione delle norme, in totale deliberata assenza sia di una struttura gerarchica¹⁰³, sia anche di un criterio che attribuisca a questo o a quello una funzione dominante nella formazione della norma, che perciò resta alla fine sempre e solo il frutto del “riconoscimento”, quindi *a posteriori*, di quella regola, magari grazie alla “autorevolezza” di chi la propone o la “dice” o la determina, perfino senza la deliberata volontà di costruire una norma¹⁰⁴. Che poi tutti questi modi di manifestazione della prassi, in quanto

¹⁰⁰ Nel senso di cui nello scritto cit. alla precedente nt. 97, 419 e 463 ss.

¹⁰¹ V. A. GUARINO, *Dal diritto romano ai diritti moderni*, in *Labeo*, 1962, 98 ss. e in *Pagine di diritto romano*, Napoli (Jovene) 1993, vol. 1, 142 ss.: « Significativa è l'autorità autogena rivestita in Roma dai *iuris prudentes* repubblicani, anche dopo la fine della giurisprudenza pontificale e prima della introduzione del *ius respondendi ex auctoritate principis*. Significativa è l'affermazione dell'*auctoritas principis extra ordinem* nella fase augustea del periodo classico, quando ancora non era avvenuto l'esautoramento delle istituzioni del *ius vetus*. A posteriori noi oggi diciamo, in ordine a taluni dei fenomeni dianzi accennati, che essi non furono *ius*, né furono considerati *ius* se non quando risultarono chiaramente confermati da consuetudini o da provvedimenti di governo. In parte è vero: la qualificazione «tecnica» del *ius Quiritium*, del *ius honorarium*, del *ius novum* come tali, cioè come «*ius*», e così la inserzione tra i *iura populi Romani* delle *sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere*, vennero operate dai giuristi romani solo a congrua distanza di tempo dalla loro prima formazione. Ma se anche l'acuta riflessione giuridica opportunamente tardò sta di fatto che *la coscienza popolare immediatamente avvertì quale fosse il diritto cui si dovesse obbedienza*, e ne fanno prova, proprio perché si tratta di fonti atecniche i poeti i retori, Cicerone», ma, aggiunge l'A. a pagina 146: «Se è insufficiente basare la ricostruzione del diritto romano sulle sole fonti di cognizione cd. tecniche, è peraltro antimetodico e fuorviante *fare un unico fascio delle fonti tecniche e di quelle atecniche*, rifiutandosi di sottoporre queste ultime ad un particolare esame critico, onde stabilire *quanto vi è in esse di giuridicamente «vero»* (cioè di genuina intuizione e rappresentazione della realtà del diritto coevo) e quanto vi è in esse di erroneo, di derivato da altri ordinamenti, di influenzato da concezioni filosofiche astratte o, se si vuole, di anticipato e di profetico» (corsivo mio).

¹⁰² Colpisce, lo dico da incompetente di diritto romano, ma colpisce. *Pomponius, libro singulari enchiridii*, in D.1.2.2, 12: «*Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit ...*», affermazione confermata poco dopo, *ibid.*, aggiungendo il brano cit. *supra* nt. 23.

¹⁰³ V. ampiamente sul punto, G. GUARINO, *Per una analisi critica delle basi dell'ordinamento internazionale come sistema*, in G. Guarino (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 454 ss., 487 ss. e *passim*. In sintesi, per società o comunità complessa intendo parlare di una società/comunità dove, *pur in assenza di un centro di comando* o organizzativo autonomo, ciascun elemento della comunità agisce secondo le regole della stessa, in quanto le “riconosce” come *regole* e come regole *valide ed utili* per il regolare e ordinato funzionamento della comunità, anche se, individualmente il soggetto o organismo, sia ad esse contrario. Tanto che, chi non si adegui alle regole viene in qualche modo messo fuori, estromesso da quella collettività, o semplicemente punito, cioè scatta nei suoi confronti la sanzione (alla Kelsen) che non è comminata da una autorità e non è predeterminata, fino al punto che basta la riprovazione a realizzarla e le “scuse” a soddisfarla. La responsabilità internazionale, infatti e come è ben noto, può essere espressa anche con delle semplici scuse, sempre se si tratta di un soggetto leso che si accontenti: si dichiara soddisfatto. Se, invece, si tratta della stessa Comunità internazionale nel caso della violazione di un obbligo *erga omnes* come nel caso dell'autodeterminazione dei popoli, si può limitare alla “condanna”.

¹⁰⁴ Solo in questo senso, perciò, è accettabile la definizione di Ago, *supra* nt. 78, perché ben può darsi il caso che un soggetto, un giudice, ecc. costruisca una norma, non *proponendosi* di farlo, ma agendo coscientemente *in quello che ritiene essere un comportamento già giuridicamente corretto* e in questo senso “giusto”, nel senso di cui *supra* nt. 40.

utili a formare o riconoscere la norma, vadano tenuti in debito conto a seconda della loro rilevanza formale e sostanziale, è semplicemente evidente. Ma la considerazione di tutti quegli elementi è indispensabile, senza che essi vengano rilevati in termini gerarchici¹⁰⁵.

In altre parole, posto che certamente la prassi è, nel diritto internazionale, una delle principali “fonti di cognizione” del diritto medesimo, *non è la sola prassi di per sé* a costituire diritto, non è cioè la prassi “fonte di produzione” unica e assoluta del diritto internazionale, ma, pur concorrendo a produrre le norme essa è *prova* della possibile, solo possibile¹⁰⁶, esistenza di quella norma, *tanto che*, sia pure in casi limite, *anche il comportamento di un solo soggetto o di un giudice o altro che sia*¹⁰⁷ può determinare la nascita della norma: il “meccanicismo”, per dir così, che è invece tipico della letteratura anglosassone (quello, cioè, che traduce quasi automaticamente un certo comportamento, ripetuto “qualche” volta, in una norma) finisce per falsare grandemente la realtà e per essere addirittura (spesso deliberatamente) “ideologico” quando considera prassi consolidata in diritto la prassi *tout court*, ma *certa* prassi e non altra (tanto più quando non c’è una Corte Suprema che *scelga* tra i casi della prassi, *essendo essa stessa prassi*) e quando comunque dà per assodato che *la prassi è diritto*¹⁰⁸.

Voglio dire che in questo caso, il fatto per cui una *certa* prassi sia orientata in un *certo* senso (ad esempio nel caso particolarmente significativo dell’intervento armato in stati considerati dall’agente “unwilling or unable” di agire o, ancora di più, nei casi di “occupazione trasformativa”, qualunque cosa ciò significhi) diventa, per parte della dottrina e nella convinzione di alcuni soggetti, *meccanicamente* la *prova* dell’esistenza della norma e quindi della legittimità di quei comportamenti.

La prassi, intendo invece affermare, va letta e razionalizzata nel quadro di un *sistema* normativo capace di discriminare tra la prassi, mi si passi il termine, “buona a creare diritto” e quella “cattiva o inutile a identificare il diritto”¹⁰⁹. E quindi, in questo modo non è legittima la condotta di chi è più forte o più veloce ad adottare un certo comportamento, e nemmeno quella più frequentemente ripetuta, ma quella più e meglio corrispondente agli interessi e alla volontà della Comunità internazionale in senso lato, insomma della *international community as a whole*¹¹⁰. Come avrebbe

¹⁰⁵ Con la precisazione, aggiungo solo in via incidentale, che la norma contrattuale non può essere considerata prevalente nella ricostruzione della norma generale, proprio perché “solo” contrattuale. Quando si fonda la costruzione dello *ius cogens* (v. *supra* nt. 88) sull’art. 53 della [Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati](#) (aggiornata al 24.11.2019), per di più tenendo in grande considerazione le osservazioni degli USA e la loro giurisprudenza, non si può tenere in non cale il fatto che gli USA quella Convenzione non la hanno ratificata! O almeno si deve affermare, come credo sia corretto, che il contenuto (e quindi non le parole specifiche) di quella Convenzione sono norma generale, perciò obbligatoria anche per chi non la abbia ratificata o magari nemmeno firmata.

¹⁰⁶ È implicito ma vale la pena di ripeterlo: «international custom, as evidence of a general practice accepted as law», art. 38.1.b dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

¹⁰⁷ Basti pensare alla formazione del concetto di obbligo *erga omnes*, proposto da una sentenza della CIG (la ben nota *Barcelona Traction*) e poi ripresa di mala voglia nel progetto sulla responsabilità degli Stati, con l’idea dell’interesse della *International Community as a whole*, che non fa altro in fondo che riprendere la proposta, scartata da Crawford, di Ago, per l’impossibilità di farne a meno (*infra*, alla nt. 110).

¹⁰⁸ Quanto alla “rilevazione” delle norme consuetudinarie (che io insisto a chiamare *norme generali*), rinvio alle, invero un po’ confuse, osservazioni della ILC, nel rapporto, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, cit., sulla base dei rapporti di M. WOOD, A/CN.4/663, 682, 695, 717.

¹⁰⁹ Per spiegarmi con un esempio tanto banale quanto secondo me perspicuo, è prassi “buona” o prassi “cattiva”, l’intervento USA in Afghanistan, concordato con gran parte della Comunità internazionale dopo un attentato che si presunse orchestrato dal Governo di quel paese, o quello in Iraq alla ricerca di armi di distruzione di massa mai reperite o quello “indiretto” contro il Nicaragua? Se una prassi qualsiasi bastasse a stabilire se l’uso della forza è lecito o meno, si dovrebbe concludere che l’uso della forza è *sempre* lecito, così come sarebbe sempre lecito imporre ad uno stato (agredito) un regime politico voluto dall’aggressore (l’occupazione trasformativa sulla quale molto si è discettato, A. CARCANO, *The Transformation of Occupied Territory in International Law*, The Hague, Nijhoff, 2015): il contrario esatto della legittimità del soggetto che è tale solo se dotato di un regime politico autonomo e indipendente. Tenere conto di questo, del resto elementare, principio, rovescia *ab imis* ogni discorso sulla legittimità delle singole “trasformazioni”, rendendo il tutto illegittimo, nel diritto interno diremmo *nullo*, appunto *ab imis*.

¹¹⁰ Nel senso degli artt. 25.1,b e 33.1 del Progetto ILC sulla responsabilità degli stati: «The obligations of the responsible State set out in this Part may be owed to another State, to several States, or to the international community as

fatto, altrimenti, la Corte Suprema USA ad *accertare* (perché di accertamento si tratta: cioè dichiarazione che *una norma esiste, già esiste*¹¹¹) la norma in materia di sequestro di navi neutrali in zona di guerra, nel caso *Paquete Habana*, se non *scegliendo* tra i casi favorevoli e contrari all'una o all'altra tesi, quelli da privilegiare per poi decidere? È fin troppo evidente che *quella* sentenza contribuisce a consolidare la norma scaturita dalla prassi, ma la norma *applicata* dalla corte *era già* norma, altrimenti non saprei come definire il comportamento di Enrico IV di Inghilterra, che nel 1403, per primo afferma quel comportamento, motivandolo ampiamente, come *dovuto*, sia pure per ragioni di “graziosa” opportunità¹¹². Anche se l'interprete, nella specie il Re, successivamente altri Re e tribunali, se ne accorgono solo *a posteriori*.

La prassi, del resto, quasi mai è univoca e quindi sceverare tra i casi e scegliere quelli significativi per la *ri-costruzione* della norma *vigente* è compito del giurista, inteso come *interprete* anche se privo dello *ius respondendi ex auctoritate principis*, dato che il principe, nel diritto internazionale, è assente, come tale. Nel diritto internazionale, però come accennavo più sopra, il “principe” è la stessa Comunità internazionale, è quella, per così dire, che pone il diritto. Perché anche il diritto internazionale è *diritto positivo*, cioè *coscientemente e deliberatamente posto* dai soggetti (come nel caso di Enrico IV, di cui alla sentenza *Paquete*), attraverso la Comunità internazionale, e quindi non dalla semplice *somma* dei soggetti, e meno che mai dalla *somma* del loro potere, ma *dalla sussunzione della volontà, più meno chiara e univoca*, dei soggetti, *di quei soggetti*, a norma. In questo senso, a mio parere, va interpretata l'idea per cui la consuetudine è un procedimento: è il processo, di durata assolutamente variabile, dai secoli agli istanti, di assunzione di quella norma a parametro valido dei comportamenti dei soggetti. Ragion per cui, va precisato ben chiaramente, è appena il caso di ripeterlo benché ora sembrerà evidente: “*ri-costruzione*”, non è usato a caso, ma per sottolineare, o meglio ricordare, che *ogni volta che se ne usi, la norma va ri-costruita ab imis*, dato che la norma applicata *oggi*, grazie alla prassi “prova” della sua esistenza, è *per definizione* diversa da quella applicata *ieri*.

E quindi, il tema diventa quello dell'accertamento, *anche e non solo attraverso la prassi*, della reale “volontà” normativa della Comunità internazionale, non organizzata, non gerarchizzata, ma decisiva. La prassi di un istante può essere consolidata in norma, così come una prassi secolare può non esserlo.

E quindi, per approfondire ulteriormente: la valutazione e l'accertamento della norma è fatta, e deve essere fatta, in ogni singolo momento, per valere in quel singolo momento. La “storicità” della prassi non basta a identificare e definire la norma, che anzi può essere, in quel momento almeno, *il contrario della prassi* consolidata. Solo per fare un esempio banale, già usato poco più sopra¹¹³: la prassi ha per secoli mostrato e ribadito non solo la necessità, ma la piena legittimità dello schiavismo

a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach», 42: «A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to: (a) that State individually; or (b) a group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation», e, infine, 48: «1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole» (corsivi miei).

¹¹¹ È, questo, un implicito riferimento a quanto sopra riportato nelle affermazioni di S. ROMANO. Un giudice non *fa* il diritto, lo interpreta e, specialmente nel diritto internazionale, aiuta a rilevarlo e, attraverso l'interpretazione lo integra, lo precisa, lo *ri-costruisce*. La prassi, a sua volta, aiuta a costruire le norme, quando quella prassi (quindi *a posteriori*) si riconosce valida e “accettata”. Ma non basta che un soggetto (o anche *più* soggetti e perfino, arrivo a dire, *la maggioranza* dei soggetti) *faccia* qualcosa perché quel *fare* diventi diritto: il rischio è che ciò che fa il soggetto del quale l'interprete condivide il pensiero sia *visto* come diritto a discapito di ciò che fa un altro e così la prassi (e per sua via il diritto) diventa ideologica quando non addirittura ideologia: cioè il contrario del diritto.

¹¹² *Paquete Habana*, *ibid.*, *supra* nt. 4, 165. Enrico IV, insomma, esprime in sostanza una *opinio necessitatis*, sia pure in veste “graziosa”, facendo per primo una scelta, sempre che sia stato effettivamente il primo! E quindi o *applica* una norma che ritiene esistente, oppure *determina* una norma, che nasce in quel momento e che, poi, diventa *consuetudinariamente accettata* da altri, che implicitamente considerano irrilevanti le obiezioni di chi non la ritenesse esistente.

¹¹³ *Supra* § 3 ed nt. 91.

e, in esso e per esso, del razzismo, fino a pochi anni fa presente in leggi di stati e in stati, eppure, immagino, nessuno oggi oserebbe dubitare¹¹⁴ che il razzismo e lo schiavismo *sono illeciti ed erano illeciti* e quindi *andavano e vanno* perseguiti perfino penalmente: sia nel diritto internazionale, sia nel diritto interno di qualunque soggetto di diritto internazionale¹¹⁵, *ma sempre e necessariamente dal momento in cui, nella prassi e nella Comunità internazionale, si è formata la convinzione della esistenza e della necessità di quella norma*. Una prassi secolare dimostrerebbe il contrario, mentre una timida e ambigua prassi degli ultimi due secoli vi si oppone. È, certo, l'evoluzione del diritto, che in un sistema organizzato verticalmente si dimostrerebbe attraverso una nuova legge, che nella Comunità internazionale non esiste (i trattati in materia, peraltro norme sempre solo contrattuali, sono pochi, recenti e a partecipazione tutt'altro che universale) ma il cambiamento (e in questo senso sì, tecnicamente, l'evoluzione) delle norme accade anche nel diritto internazionale, a prescindere dalla prassi, combattendo l'entropia del sistema¹¹⁶, che infatti è tutt'altro che immutabile¹¹⁷.

L'accertamento di tutto ciò, certo non è cosa facile, ma, appunto, possibile solo tenendo conto di *tutto ciò* che, tecnicamente o anche a-tecnicamente ma *mai ideologicamente*, contribuisce a costruire una norma; come nel vecchio diritto romano, non solo i giuristi, ma la «coscienza popolare ... i poeti, i retori, Cicerone»¹¹⁸!

Difficile? certo. Incerto? sicuramente. Ma fin tanto che la Comunità internazionale non troverà il modo, o meglio *deciderà* di trovarlo, per creare un sistema centralizzato di formazione autoritativa delle norme, dato che i soggetti potrebbero se volessero, ma non lo vogliono costruire, l'unico modo per *accertare* le norme generali di diritto, e non pretendere o imporre la propria volontà o ideologia, è, ancora una volta, questo: «coscienza popolare ... i poeti, i retori, Cicerone», e ciò vale, sostanzialmente, anche per le norme contrattuali.

Alla luce di tutto quanto detto fin qui, cerchiamo di riesaminare il tema di questo articolo, per comprendere alla fine, cioè non solo per il diritto internazionale, quali norme regolino il caso e perché.

7. Conclusioni.

Dato quanto fin qui detto e a prescindere dalla discussione sulla costituzionalità o meno delle norme interne di riferimento che ovviamente riguarda solo e direttamente il diritto italiano non diversamente da quello di ogni altro stato, ho cercato di dimostrare come sia impossibile prescindere nella soluzione di questo tipo di fattispecie dalle norme di diritto internazionale¹¹⁹, che, nella misura

¹¹⁴ Beh, forse proprio “nessuno” può essere eccessivo.

¹¹⁵ Talché, come ho già sostenuto, un soggetto che non lo preveda o che addirittura preveda la possibilità di esercitare lo schiavismo, verrebbe per questo solo fatto condannato dal diritto internazionale, che pretenderebbe l'annullamento di quelle disposizioni. Del resto è esattamente ciò che è accaduto nella lotta pluridecennale agli stati razzisti. Ma, v., sul punto, ampiamente la sentenza della Corte di Boston *La Jeune Eugenie*, cit. (*supra* nt. 89).

¹¹⁶ V. ampiamente sul punto, lo scritto in nt. 36, specialmente 466 e *passim*, ma v. anche già nel diritto romano: Digesto 1.3.32, 1 (*Julianus libro 84 Digestorum*): «*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populi voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*».

¹¹⁷ Come rischierebbe di essere, se si seguisse pedissequamente l'indicazione della cit. sentenza *Paquete Habana*, per la decisione a proposito della quale, si parte dal 1403 per affermare (175), sulla base della sola prassi e dopo avere analizzato e discusso la legge e la giurisprudenza «*By an ancient usage among civilized nations, beginning centuries ago and gradually ripening into a rule of international law, coast fishing vessels pursuing their vocation of catching and bringing in fresh fish have been recognized as exempt, with their cargoes and crews, from capture as prize of war*». Saremmo proprio certi che anche oggi quella “norma” consuetudinaria e consolidata in quattro secoli per la Corte Suprema USA, sia valida e accettata?

¹¹⁸ *Supra* nt. 101.

¹¹⁹ E come, intendo, la medesima soluzione valga per qualsiasi altro ordinamento giuridico, disponga o meno esso di norme che indichino nel diritto internazionale l'ordinamento regolatore della stessa legislazione interna.

in cui sono ricostruibili in maniera certa e, tenuto conto del modo in cui le stesse norme nazionali influiscono a loro volta, in particolare attraverso la loro interpretazione, sul contenuto di quelle internazionali e viceversa, sono sia pure solo le prime, seguite poi dalle altre, a dovere essere prese in considerazione. Ma *inderogabilmente*, se non altro già solo per motivi logici in quanto norme di carattere più generale rispetto a quelle nazionali, ma specialmente in quanto essendo norme di un ordinamento giuridico nato e destinato a “regolare” i comportamenti dei soggetti di diritto internazionale, sono quelle che “regolano” la stessa formazione delle disposizioni applicabili alla fattispecie: nazionali e internazionali. *Inderogabilmente*, dicevo, prima di quelle nazionali, perché queste ultime *devono* corrispondere, a parità di contenuto, alla norma internazionale. Sorvolo, beninteso in questa sede, sulla discussione del modo in cui già comunque gli articoli 10, commi 1 e 2, e 117, comma 1, della Costituzione italiana indichino per l'appunto questa soluzione, così come le stesse disposizioni dei decreti sicurezza e delle altre disposizioni applicabili, che tutte, anche a prescindere dal discorso generale fin qui fatto, indicano la necessità di applicare le norme italiane nel rispetto di quelle internazionali. Anzi, a stretto rigore, di produrre norme nazionali solo se compatibili con quelle internazionali.

In altre parole e come già accennato, penso sia inammissibile che la nostra come qualunque altra Corte Costituzionale o tribunale supremo, ecc.¹²⁰, possa autonominarsi come “giudice ultimo e unico” della esistenza e del contenuto di una norma internazionale, tanto da decidere, di propria esclusiva iniziativa di non applicarla, a vantaggio di quella nazionale¹²¹, esprimendo così una sorta di “sovrano” giuridico, forse di moda, ma giuridicamente improponibile. Sentire dire, come sempre più spesso accade, che vi sono norme costituzionali inderogabili anche da norme generali di diritto internazionale è semplicemente inammissibile, se non altro perché, per definizione, le norme generali di diritto internazionale sono anche – in realtà, a ben vedere, *solo* – il frutto delle norme interne e della volontà dei soggetti di diritto internazionale che hanno contribuito, coscientemente, alla loro formazione.

Una cosa del genere è del tutto illegittima, dato che l'ordinamento internazionale, lo si voglia o no, è la struttura ordinatrice del comportamento dei soggetti di diritto internazionale. Ciò non toglie che:

a.- in termini interpretativi si dia il caso che l'interpretazione interna della norma internazionale contribuisca a riempire di contenuti la norma internazionale, e a modificarla, e,

¹²⁰ Così come, anzi ancora di più, un Parlamento nazionale, come è il caso del tutto inammissibile del Parlamento tedesco, che, sia pure sulla base di una sentenza del Tribunale costituzionale, pretende di essere l'ultima voce nella applicazione di una norma di diritto dell'UE. V. il cd. *Lissabon Urteil* (BVerfG, BVE, 2/08, 30.6.2009), la cui prima massima afferma: «Das Grundgesetz ermächtigt mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union. Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker - das heißt die staatsangehörigen Bürger - der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben», sulla scia della comoda tesi del deficit democratico della UE. Di ciò già in passato ho scritto, ma sul punto specifico basterebbe solo rilevare che, ciò premesso, come mai potrebbe conciliarsi la partecipazione ad un accordo internazionale debitamente sottoscritto con una decisione divergente del Parlamento, se non uscendo dall'accordo o dichiarandone la, illecita, volontà di violarlo? Che ciò dimostri la poca o punta novità dei più recenti “sovranismi” specie italiani, non spiega l'impossibilità logica prima ancora che giuridica di una pretesa del genere, tutta espressione, come accennavo sopra, dell'idea della sovranità intesa rozzamente come *superiorem non recognoscere*, cioè escludere la Comunità internazionale, avallare il caos.

¹²¹ Colgo sul tutto le molto interessanti e puntuali osservazioni di C. PITEA, *La nozione di “Paese di origine sicuro” e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, 627 ss., di cui rilevo la significatività delle osservazioni finali (662): «Se da un lato, l'effettiva tutela dei diritti fondamentali ... necessiterebbe di una condotta scrupolosa e prudenziale da parte delle autorità amministrative e giurisdizionali, dall'altro la nozione stessa di “Paese di origine sicuro” suggella normativamente la diffidenza verso il migrante da esso proveniente». È appena il caso di ricordare che la “diffidenza” non mi sembra un concetto e meno che mai un istituto giuridico accettabile, specie se collegabile, quando lede diritti fondamentali (in gran parte di provenienza internazionale), a quanto da me suggerito (*supra* alla nt.44 e testo corrispondente), in tema di diritto penale del nemico.

b.- che una norma interna, e perfino una interpretazione di una norma interna o internazionale, contribuisca a creare una norma internazionale, così come

c.- è perfettamente possibile (e anche frequente) che la norma interna, corrisponda a quella internazionale, pur essendo più precisa o più ampia, talché applicarla è solo un modo per applicare la norma internazionale, magari contribuendo ad integrarla come in *a*, per determinare gli effetti in questione.

Insomma, per dirla in termini molto succinti, premesso che, per sua natura, il diritto interno di uno stato contribuisce alla formazione delle norme internazionali (del resto è l'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che lo dice esplicitamente, solo per citare l'ipotesi più famosa, ma non diversamente dall'art. 6.3 TUE, ecc.) ogni soggetto di diritto internazionale fa parte di un ordinamento la cui funzione è esattamente quella di regolare il comportamento dei soggetti di diritto internazionale. I quali in quanto soggetti, da un lato partecipano alla formazione delle norme internazionali, e dall'altro può ben darsi il caso che dispongano di norme più precise come detto prima, ma non destinate a derogare alle norme internazionali, da loro stessi formate.

E pertanto, tornando al tema, il primo problema per l'interprete è quello della stessa definizione della fattispecie, che va vista nella sua integralità per poter essere definita e risolta senza contraddire a quanto detto fin qui. E dunque, il semplice fatto che certe persone, senza autorizzazione, giungano sul territorio di uno stato, è insufficiente a definire la fattispecie, perché rivestono una notevole, spesso prevalente, importanza altri elementi come, da un lato, le modalità con cui le persone in questione giungano nel paese interessato, e dall'altro le motivazioni per le quali esse siano partite dal luogo di provenienza, ivi compresa la pura e semplice volontà di lasciare il proprio paese¹²². Per cui la fattispecie si deve descrivere come: il fatto per il quale delle persone, che si allontanano dal proprio paese, giungono in un altro paese senza autorizzazione e ciò fanno, sulla base di motivazioni rilevanti ai fini della definizione della fattispecie visto che l'allontanamento dal proprio paese può essere determinato, ad esempio:

a.- dalla necessità di fuggire da una situazione politicamente insostenibile quando non pericolosa, o

b.- dalla necessità di cercare altrove una soluzione ai propri problemi di sopravvivenza o di crescita economica, o

c.- anche semplicemente dal desiderio di vivere altrove che nel proprio paese.

Ma anche, in secondo luogo, si deve tenere conto dello scopo del trasferimento (o della permanenza) nello stato di destinazione¹²³. È più che evidente come tutti questi elementi vanno considerati insieme e unitamente anche alle modalità attraverso le quali il viaggio avviene, nella giusta proporzione, per definire la fattispecie concreta, da applicare ad ogni singola persona che si trovi in quella situazione.

7.1. Il coordinamento tra le norme di diritto internazionale quelle di diritto interno.

A prescindere da ulteriori approfondimenti delle ipotesi descritte, il tema si riduce, dunque, al contrasto tra due norme, entrambe generali, di diritto internazionale e le loro corrispondenti e derivate di diritto interno: la norma sulla sovranità dello stato, nella sua specificazione del presunto diritto dello stato a decidere insindacabilmente e, appunto, sovranamente, chi ammettere nel proprio territorio, e la norma, altrettanto generale, sulla libertà di ciascuno di lasciare il proprio paese, qualunque ne sia la motivazione¹²⁴, cui si aggiungono le norme sul salvataggio in mare, quelle in

¹²² Che, come ovvio e noto, è un diritto elementare delle persone, di tutte le persone (*infra* nt. 124).

¹²³ Basterebbe citare la sentenza (di cui *supra* alla nt. 11) della Corte di appello di Salerno, che, appunto, costruisce il diritto dello straniero a rimanere in Italia, sulla base di considerazioni non solo di diritto interno, anzi, solo o almeno principalmente di diritto internazionale, nel caso di specie nell'intento di difendere l'interesse del bambino.

¹²⁴ Norma espressa, come noto e per limitarmi alle norme di carattere generale, benché scritte, all'art. 13 della *Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo* e all'art. 12 del *Patto sui diritti civili e politici* del 1966.

tema di divieto di maltrattamenti e le norme in tema di accoglienza. Da un lato, dunque, il *Totem* della sovranità¹²⁵, e dall'altro l'altrettale *Totem* del diritto delle persone, del diritto di libertà. È appena il caso di sottolineare, che il più delle volte, il comportamento dello stato "ricevente" lo straniero, è profondamente diverso, a parità di circostanze a seconda della provenienza dello stesso, per cui la fattispecie può venire complicata dalla presenza di elementi di discriminazione razziale, nazionale, religiosa, ecc., ma su questo ulteriore aspetto della questione non è utile entrare ai fini del discorso qui proposto.

Orbene, per quanto attiene al tema della sovranità: sintetizzando al massimo un discorso assai complesso, è un dato di fatto quello per il quale le definizioni della sovranità sono normalmente legate all'idea della assolutezza del potere del sovrano, grazie, eventualmente, al fatto che l'ente stato è l'organizzazione sovrana di un territorio, che è assoluta perché, sia pure in base ad una costituzione, esercita il massimo potere all'interno del territorio dello stato. Insomma, descrivono il potere dello stato dal punto di vista del diritto interno, per poi in qualche modo "trasferire" il medesimo concetto al livello del diritto internazionale. Come sottolineato più sopra, però, nel diritto internazionale questo concetto non può, per definizione, essere altrettanto assoluto anzi, non può esserlo affatto, in quanto la sovranità è un istituto giuridico di diritto internazionale, che compete a tutti i soggetti di diritto internazionale - e quindi, incidentalmente non solo agli stati - in quanto membri della Comunità internazionale e come diritto di relazione¹²⁶. L'idea cioè della sovranità come diritto assoluto, porta all'idea dello stato sostanzialmente *legibus solutus* nella Comunità internazionale, in quanto ente *superiorem non recognoscens*, che invece non è applicabile, almeno alla situazione odierna del diritto internazionale, perché ove fosse accettata implicherebbe in realtà o che il diritto internazionale non esiste affatto, o che si riduca ad una serie di regole di comportamento reciproco non obbligatorie in quanto anche le norme contrattuali non potrebbero essere garantite da una norma che ne assicuri il rispetto, il che equivarrebbe a dire che il diritto internazionale non esiste e che, pertanto, anche quelle contrattuali non sarebbero regole sia pure reciproche.

Insomma, una comunità descritta come un luogo nel quale ognuno è padrone di fare ciò che vuole, non è una comunità, sia pure anarchica, ma è la definizione del caos. Ma su ciò rinvio a quanto già scritto altrove¹²⁷, salvo a sottolineare la necessaria conseguenza, per cui *dunque* il diritto, e il conseguente potere assoluto, dello stato di decidere se e chi fare entrare nel proprio territorio non esiste, o, meglio, va reso compatibile con gli altri diritti garantiti dall'ordinamento internazionale, tra cui sia i diritti degli altri stati, che i diritti garantiti alle persone: la sovranità, ripeto, è dunque un diritto di relazione. Con l'ulteriore necessaria precisazione per la quale, non essendo gli individui *soggetti* di diritto internazionale, se non altro per l'incapacità assoluta di *azionare* diritti nella Comunità internazionale, parlare di *diritti* riferiti alle persone nella Comunità internazionale è tecnicamente scorretto, mentre è corretto parlare di *garanzie*, cioè del fatto per cui è la stessa Comunità internazionale a farsi carico di assicurare ai singoli individui la soddisfazione di *determinate* loro aspirazioni, pretese e bisogni¹²⁸, ovviamente ove non o non interamente assicurati

¹²⁵ Un totem intangibile, al punto che, anche in uno studio articolato, si arriva a paragonare la sovranità alla ... verginità, che, una volta persa, non è recuperabile né trasferibile ad altri come invece la proprietà: N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty, Law State and Practical Reason*, Oxford, Un. Press, 2008 (ma 1999), 126.

¹²⁶ V. chiarissimo N. BOBBIO, *Stato*, cit., 82: «... la legittimità è un puro e semplice stato di fatto. Il che non toglie che un ordinamento giuridico legittimo in quanto efficace e come tale riconosciuto dall'ordinamento internazionale possa essere sottoposto a giudizi assiologici di legittimità, che *possono portare ad una graduale, più o meno rapida, inosservanza delle norme dell'ordinamento, e quindi a un processo di delegittimazione del sistema*. Resta però che in base al principio di effettività un ordinamento continua ad essere legittimo *sino a che l'inefficacia è giunta a tal punto da rendere probabile o prevedibile l'efficacia di un ordinamento alternativo*» (corsivo mio). E v. anche *ibid.*, 92 s.

¹²⁷ V. *supra passim* e specialmente ntt. 52 e 86.

¹²⁸ Il che non esclude la *giustiziabilità* di taluni diritti individuali, come ad esempio quelli riconosciuti dalle convenzioni in materia di diritti dell'uomo, a cominciare ovviamente da quella europea, il che presuppone la permanenza della partecipazione dello stato alla Convenzione, ma anche di quelli collettivi, particolarmente protetti dalla Convenzione africana sui diritti dell'uomo, su cui v. ampiamente R. CADIN, *Profili*, cit., 194 ss.

dallo stato in cui gli individui vivono¹²⁹. Ragione per la quale, quegli stessi aspirazioni, pretese e bisogni, *garantiti* dalla Comunità internazionale, sono a stretto rigore, talvolta, anche *diritti* nell'ambito di uno stato¹³⁰. Talvolta, dico, perché ben può darsi il caso che ciò che viene garantito a livello internazionale, non trovi riscontro o corrispondenza normativa nell'ambito di competenza di un soggetto. *Ciò però*, ed è questo in realtà l'assunto di fondo di questo lavoro, *non priva l'individuo della possibilità di avvalersi*, anche e specialmente nell'ambito di competenza del singolo soggetto di diritto internazionale, di quei benefici che sono garantiti dalla Comunità internazionale¹³¹ in quanto il soggetto di diritto internazionale, nel rispetto e in ossequio dell'Ordinamento internazionale, è tenuto, *obbligato*, ad assicurarli anche al suo interno¹³², se del caso modificando in conseguenza le proprie norme¹³³.

Compatibile, dicevo sopra e non bilanciata con altri “diritti”, in particolare dell'individuo: perché “bilanciare” implica accettare il principio per il quale un soggetto privato, o anche un giudice, possa *decidere* di modificare il contenuto di norme, piuttosto che applicarle nella giusta successione alla luce dell'interpretazione di esse, fino al punto che una o più di esse semplicemente non siano applicate, perché non congruenti ad altre norme¹³⁴. Non ha, mi pare, un giudice il potere di modificare la norma, ma solo appunto di interpretarla, stabilendo, se necessario, quale applicare a danno di un'altra, ma non “piegandole” ad un risultato per il quale non sono nate o non sono state create¹³⁵. Delle due l'una: o le norme sono in una relazione formalmente gerarchica l'una con l'altra e allora si applica quella di rango superiore o la gerarchia manca e allora si applica la norma in qualche misura prevalente o strumentale a danno o prima dell'altra, creando, o meglio ricostruendo, in questo modo una sorta di *gerarchia logica* tra le norme, specialmente se appartenenti a sistemi giuridici diversi, come appunto è il caso delle norme internazionali sulla sovranità, sui diritti dell'uomo, sul salvataggio in mare ecc., e quelle nazionali di volta in volta applicabili. Voglio dire, per fare un esempio banale,

¹²⁹ *Vivono non sono cittadini*: dato che quei diritti fondamentali spettano agli individui per sé, in quanto tali e quindi vanno sempre e comunque *garantiti* dalla Comunità internazionale, quando gli stati non lo facciano.

¹³⁰ Sul punto rinvio a quanto ho avuto modo di argomentare altrove: G. GUARINO, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984, aggiungendo solo che la garanzia lungi dall'essere meno rilevante rispetto ad un diritto *implicando l'obbligo per la Comunità internazionale e quindi per i singoli soggetti di diritto internazionale di assicurare la soddisfazione di quel “diritto”*, lo rafforza.

¹³¹ Inutile dire che, conseguenza ovvia di tutto ciò, è che, ad esempio, considerare l'art. 2 della Costituzione italiana una disposizione riferita al “vecchio” diritto naturale, non è corretto: l'art. 2 fa esplicito riferimento alle norme internazionali, contrattuali e non, sui diritti dell'uomo. V. M. AINIS, V. SGARBI, *La Costituzione e la bellezza*, Milano, La Nave di Teseo, 2016, *commento art. 2*. V. invece A. BARBERA, *Commento art. 2*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Roma, Zanichelli- Il Foro Italiano, 1975, vol. 1, 52 ss.

¹³² Sia pure come semplice *fatto* nella accezione di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, Cedam, 1975, 320 ss.

¹³³ In applicazione, nel caso italiano, dell'art. 10, comma 1, Cost. e della giurisprudenza conseguente. Del resto, quando il predetto art. 10 afferma che il diritto internazionale generale è diritto interno, non fa altro che dire che la norma internazionale è *già diritto interno nel momento stesso in cui “nasce” nel diritto internazionale*. Poi, se il legislatore ha bisogno di legiferare per rendere quella norma funzionante, non cambia il fatto che di quella norma è *immediatamente legittimo* chiederne l'applicazione al caso specifico. Qualcosa di non molto diverso dalla applicazione *intuitu personae* delle direttive UE non trasformate in tempo in diritto interno.

¹³⁴ La cosa, incidentalmente, non desta alcuna sorpresa, se si tratta di norme interne, ma provoca molta discussione e diffidenza se applicata a norme di provenienza da ordinamenti diversi, come se fosse sorprendente che una norma dello statuto, che so, di una società per azioni in contrasto con una norma del diritto civile semplicemente non si applichi, venga ignorata o addirittura la si cancelli.

¹³⁵ Mi sia consentito citare una mia frase in merito, in un *Editoriale di Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 2: «Quello che, con qualche sorpresa, la nostra Corte Costituzionale ha definito un “bilanciamento” tra diritti in apparente contrasto è, almeno in termini teorici, impossibile, se non illecito. Nessuno, men che mai una suprema corte, ma nemmeno un legislatore interno può “bilanciare” diritti non gerarchizzati, specie quando non di diritti interni si tratti», v. anche G. GUARINO, *Costituzione italiana e adesione della UE alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Grotius*, 2008, n. 5, 93.

che il diritto ad essere salvati in mare, non può essere limitato da una norma che vieti di portare quella persona sul territorio dello stato, come è il caso della disposizione da cui si origina questo lavoro¹³⁶.

Per quanto attiene al tema dei diritti dell'uomo, la cosa in qualche modo è ancora più semplice, nella misura in cui le norme in materia sono norme di diritto internazionale generale largamente consolidate e note, sia sotto il versante del diritto sacrosanto di ciascun essere umano di lasciare il proprio paese se e quando lo voglia, sia sotto quello del diritto, anch'esso sacrosanto, di ottenere asilo in caso di situazioni di discriminazione e di repressione politica o razziale, culturale, etnica, ecc., sia infine sotto il profilo del diritto che più sacrosanto non si può, di essere salvato in mare se a rischio di affogamento, come anche in montagna o altro, ovviamente.

È evidente che l'esercizio di questi diritti, o meglio la necessità di darvi seguito determina un obbligo per i soggetti di diritto internazionale di comportarsi di conseguenza, cioè, nel caso specifico di cui all'inizio di questo lavoro, di accogliere e di salvare, dove salvare vuol dire non solo togliere dall'acqua ma portare a terra¹³⁷ e, ancora, sia pure nell'ambito ragionevole della propria disponibilità, di individuare i naufraghi da salvare; non diversamente da come, nel caso di quelle persone che hanno attraversato le Alpi, di essere salvate dalla neve e portate al caldo.

In entrambi i casi, poi, la destinazione finale di quelle persone è definita in altro modo, che non è, né quello di lasciarle affogare, né quello di lasciarle congelare, o altro.

7.2. Il conflitto tra diritti e la sua soluzione: la scelta dell'ordinamento di destinazione.

Qui, e in sostanza solo qui, sorge il problema dell'eventuale conflitto tra diritti: quello di sovranità che implica il possibile diritto di non accogliere e quello dell'uomo che implica il *diritto* di lasciare il proprio paese e il *diritto* di essere accolti ovviamente - non credo sia immaginabile che qualcuno possa restare sospeso nell'aria - salvo a stabilire dove e su ciò la *garanzia* la offre, deve offrirla nel senso che è di *sua esclusiva competenza*, la Comunità internazionale, cioè il diritto internazionale. In altre parole, la Comunità internazionale si incarica, si *deve* incaricare, di assicurare che chi voglia lasciare il proprio paese possa farlo liberamente anche se lo stato da cui vuole partire volesse impedirglielo, e inoltre di assicurare a quella stessa persona accoglienza in *un* altro, quale che esso sia, *purché uno vi sia*. E inoltre, la stessa Comunità internazionale è quella che *deve* assicurare allo stesso individuo, che, in caso corra pericolo di vita, venga messo al sicuro, da chi non importa, purché qualcuno vi sia. Insomma, un *obbligo di risultato* della Comunità internazionale e non (solo) dei singoli soggetti di diritto internazionale.

L'apparente, secondo me solo apparente, conflitto tra questi due diritti, o meglio tra queste due categorie di diritti - più precisamente ancora: diritti e garanzie - non si può risolvere negandone uno

¹³⁶ Beninteso, con tutte le distinzioni e le precisazioni del caso. Ma, ad esempio e solo per riferirmi ad un caso recente, è evidente che se delle persone vengono salvate in mare da una nave italiana, a quelle persone non può essere interdetto lo sbarco in Italia, salva ovviamente la possibilità di avviare quelle persone altrove, ma solo dopo averle salvate e portate a terra. Non si tratta, dunque, di una questione di gerarchia tra norme, ma di una questione di interpretazione logica del sistema normativo nel suo complesso. Insomma il *diritto* ad essere salvato (che, lo ripeto è una garanzia del diritto internazionale) e il *diritto* dello stato a decidere chi ammettere sul proprio territorio, non possono essere *bilanciati* perché il primo sopprime necessariamente il secondo (salvo quanto, *infra*, alla nt. 138).

¹³⁷ Non è altro, in fondo, che la descrizione di una società, o meglio comunità, in continua trasformazione, che, proprio perché in continua evoluzione, in un certo senso inverte la direzione dell'entropia. Trovo significativo citare una frase conclusiva di un libro famoso, I. PRIGOGINE, I. STENGER, *Order out of Chaos, man's new dialogue with nature*, Toronto, Bantam Books, 1984, 313, che, a proposito della società umana, osservano: «We know now that societies are immensely complex systems involving a potentially enormous number of bifurcations exemplified by the variety of cultures that have evolved in the relatively short span of human history, We know that such systems are highly sensitive to fluctuations. This leads both to hope and a threat: hope, since even small fluctuations may grow and change the overall structure. As a result, individual activity is not doomed to insignificance. On the other hand this is also a threat, since in our universe the security of stable, permanent rules seems gone forever. We are living in a dangerous and uncertain world that inspires no blind confidence» (corsivo mio) anche se non necessariamente rivolta alla provvidenza divina, visto che il diritto è dell'uomo e quindi è proprio e solo l'uomo quello che può cambiarlo, sovvertendo, appunto, l'entropia.

a vantaggio di un altro o soddisfacendoli “in parte”, come avverrebbe anche solo con un semplice bilanciamento, ma solo affermando che l’obbligo di accoglienza, verificata l’esistenza delle condizioni richieste, *esiste*, anche se non necessariamente, anzi mai, a carico di un singolo soggetto di diritto internazionale, ma nei confronti della collettività internazionale. La quale, dunque in un certo senso, ha il compito di “scegliere” il soggetto di diritto internazionale destinatario dell’obbligo di accoglienza, salvo a stabilire anche le modalità, i tempi ecc. In altre parole sta ai soggetti di diritto internazionale, rappresentati dalla Comunità internazionale, trovare, nelle forme classiche del diritto internazionale stesso, le forme e i modi per soddisfare quel diritto o per negarlo qualora non spetti, *ma comunque per gestirlo*.

La gestione pratica di questa rete di diritti ed obblighi è necessariamente devoluta ai singoli soggetti nelle forme e nei modi del loro ordinamento giuridico. E quindi se la persona che fugge giunge là dove esista, come in Italia, il *diritto* all’asilo ha, o meglio acquisisce *illico et immediate* il diritto pieno a *pretenderne* il riconoscimento, così come è perfettamente legittimo che il soggetto “destinatario” si accordi con un altro per trasferirlo *lì* a pretendere ed ottenere i diritti che *lì* gli competono o per vederseli negare se *lì* non gli competono¹³⁸.

È la Comunità internazionale, dunque, quella che assicura a quella persona la possibilità di giungere ad una destinazione “scelta” dalla Comunità internazionale stessa dove la persona potrà esercitare l’eventuale diritto all’asilo o altro che sia, in virtù del fatto, lo ribadisco, che il diritto e la conseguente garanzia, a lasciare un paese, è un ovvio diritto assoluto: dal quale consegue *un obbligo assoluto di fornire quella garanzia*. Il che vuol anche dire che l’individuo così come non può *pretendere* di essere accolto in *uno stato specifico di sua scelta*, ha però anche il diritto di lasciare il proprio paese: sia in termini di diritto interno del paese di partenza, sia in termini di *garanzia della Comunità internazionale*. Quest’ultima, perciò, può e deve sapere scegliere dove indirizzare l’individuo, con la sola eccezione dello stato di provenienza e, a maggior ragione, di quello di passaggio¹³⁹. L’eccezione deriva dal fatto che, se l’individuo esercita (garantito dalla Comunità internazionale) la propria prerogativa di allontanarsi dallo stato di origine, non può essere riportato indietro contro la sua volontà, a pena di violare la norma, di diritto internazionale generale, che garantisce a chiunque di potere liberamente lasciare il proprio paese. Anzi, qualora lo si faccia in maniera “forzata”, si commette un illecito internazionale, ascrivibile alle norme di diritto penale internazionale, di cui allo Statuto di Roma, proprio perché *il rispetto dei diritti fondamentali* è obbligo primario di ogni soggetto di diritto internazionale: che sia, poi, legato o meno, quell’obbligo, alla sovranità è tutto da approfondire¹⁴⁰.

Quando dico “*scelta*”, beninteso, intendo alludere al fatto che la scelta sarà effettuata nei termini e nei modi e nei tempi tipici del diritto internazionale, che dunque contempla anche (non solo: *anche*) la soluzione negoziale circa la scelta della destinazione o comunque una soluzione adottata secondo le classiche modalità del diritto internazionale e quindi anche ad esempio affidando (come proposto a livello europeo) ad una Organizzazione internazionale, ad un ente “terzo” insomma, il compito di *distribuire* le persone tra gli stati aderenti alla Organizzazione stessa, *purché una destinazione vi sia*

¹³⁸ In questo senso, giova precisarlo, la soluzione che pare sia stata trovata a Malta alla fine dell’estate del 2019, di accogliere, redistribuire e affidare allo stato di destinazione anche il compito di *decidere* se accogliere definitivamente o meno o re-inviare al paese di origine appare perfettamente corretta. Purché sia chiaro, e praticato, il salvataggio, che vuol dire “estrazione” dall’acqua e trasferimento in un rifugio adeguato, benché provvisorio. È evidente che prolungare anche solo di un’ora la permanenza in mare, viola i fondamentali diritti dell’uomo, la Convenzione di Montego Bay, ecc., ma è altrettanto chiaro che ritardare anche solo di un’ora la conclusione dell’eventuale accordo necessario all’accoglimento altrove che nel luogo dello sbarco, incorre nelle stesse violazioni.

¹³⁹ Il fatto, poi, che nello stato di passaggio l’individuo sia sottoposto a violazioni dei suoi diritti individuali alla vita, alla esenzione dalla tortura, ecc., è un discorso diverso, che però determina la possibile violazione di una delle norme dello Statuto della Corte penale internazionale con tutte le conseguenze del caso.

¹⁴⁰ Sul significato generale della responsabilità penale internazionale per crimini di diritto internazionale e sul loro rapporto con il principio di sovranità, v. di recente l’interessante studio di R. LISS, *Crimes against the sovereign order: rethinking international criminal justice*, in *American Journal of International Law*, 2019, 727 ss., specialmente 866 s.

effettivamente: il che implica anche *necessariamente* che l'accoglienza, diciamo così *provvisoria* sia *data* subito e senza remore, pena la violazione di norme fondamentali in materia di diritti dell'uomo.

Il soggetto di diritto internazionale, quindi, che dovesse precludere quella soluzione, impedisce alla Comunità internazionale di svolgere la predetta garanzia e dunque compie un illecito di diritto internazionale, sulla cui eventuale natura di violazione di un obbligo *erga omnes* vi potrebbe essere luogo a discutere, ma questa discussione non intende essere oggetto di queste pagine, ma coinvolge in maniera certa le norme, *tutte le norme competenti* di diritto penale internazionale e quindi in particolare quelle sulla *responsabilità penale personale di governanti e funzionari dello stato*, secondo le norme della Corte penale internazionale. Però, sia chiaro, *la responsabilità cade su ogni soggetto coinvolto nel caso*, e cioè: sia il soggetto che si vede arrivare delle persone, sia quello che ne dovesse "approfittare" per non prendere le dovute misure per assumerne lui la gestione.

Che, infine, tutto ciò possa determinare un obbligo *de contrahendo* dei soggetti è una conseguenza necessaria appunto per poter definire le rispettive responsabilità, *a posteriori*, così come è evidente che la mancata realizzazione dell'accordo eventualmente necessario, non può esimere, né esime il soggetto dalla necessità, pena la conseguente responsabilità internazionale, della soddisfazione dell'obbligo, di volta in volta: di salvataggio, di accoglienza, di protezione e così via.

Diversamente, resterebbe solo il caos e cioè, nella specie, l'arbitrio.

Federico Depretis
Un caso di buon governo degli effetti temporali dell'incostituzionalità
(a margine della sentenza n. 246 del 2019)*

ABSTRACT: *The aim of this paper is to enlighten how the Constitutional Court treated in several different occasions the procedures rules about the temporal effects of its decisions. Through the decision number 246 of 2019, the Court decreed the ex nunc efficacy of its sentence, instead of the normal retroactive efficacy, in order to protect the acts of the extraordinary commissioner for the reconstruction in the territories affected by the earthquake. Specifically, in this case, the paper approves the choice of postponing the effects of the unconstitutionality as the Court made a responsible balance between the interests involved. In conclusion, it is argued that the Court is allowed to establish the temporal effects of its decisions independently, provided that it is done in a rigorous manner.*

SOMMARIO: 1. L'oggetto della decisione. – 2. La conferma della maggiore adeguatezza dello strumento dell'intesa tra Stato e Regioni in caso di sovrapposizione tra competenze statali e competenze regionali. – 3. La (non esaustiva) elencazione delle tecniche di modulazione degli effetti temporali che la Corte costituzionale ha a propria disposizione. - 3.1. La sentenza n. 246 del 2019 come uno tra i non pochi casi di incostituzionalità c.d. differita. - 4. Il bilanciamento degli interessi in gioco nella sentenza n. 246 del 2019 e nelle sentenze n. 1 del 2014 e n. 10 del 2015. - 5. L'atto amministrativo inoppugnabile e l'ondivaga categoria del "rapporto esaurito". 6. Considerazioni conclusive.

1. *L'oggetto della decisione.*

Con la [sentenza n. 246 del 2019](#), la Corte costituzionale ha aggiunto un nuovo tassello alla sua giurisprudenza relativa alla determinazione degli effetti temporali delle proprie pronunce di accoglimento, con particolare riferimento, questa volta, ad un giudizio sollevato in via principale.

L'oggetto della decisione verteva sulla legittimità costituzionale dell'art. 37, comma 1, lett. a), n. 1-bis), e lett. b-ter) del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, (*Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze*), conv., con modif., nella legge 16 novembre 2018, n. 130. Tale intervento normativo si inserisce nel più ampio contesto della nomina e del conferimento dei poteri al Commissario straordinario per la riparazione, la ricostruzione e la ripresa economica delle zone afflitte dagli eventi sismici del 2016 e 2017 (Abruzzo, Lazio, Marche ed Umbria).

A lagnarsi dell'incostituzionalità delle disposizioni richiamate sono stati i ricorsi delle Regioni Umbria e Marche. Entrambi i ricorsi si dolevano dell'incostituzionalità delle disposizioni in questione per la loro incidenza riformatrice sugli articoli 2, comma 2, e 14, comma 4, del d.l. n. 189 del 2016 (*Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016*), conv., con modif. nella l. L. 15 dicembre 2016, n. 229.

In particolare, si censurava il fatto che, con le modifiche impugnate sarebbe stato degradato il ruolo delle Regioni (*rectius*, dei Presidenti delle Regioni, i quali secondo il detto decreto operano in qualità di vice commissari), prevedendosi, per il commissario straordinario, la necessità di ottenere il mero parere (la dizione specifica reca: "*sentiti i Presidenti delle Regioni interessate nell'ambito della cabina di coordinamento di cui all'art. 1, comma 5*"), in luogo dell'originaria "*previa intesa*" con gli stessi. Si rilevava in particolare come tale modifica si insediasse nell'ambito di una materia di legislazione concorrente quale è quella della "protezione civile" per cui vi deve essere una leale collaborazione tra lo Stato e le Regioni, quand'anche vi sia stata, in base alle regole del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (*Codice di protezione civile*), la "chiamata in sussidiarietà" da parte del primo.

La prima disposizione modificata, quella dell'art. 2, comma 2, disciplina l'adozione delle ordinanze da parte del Commissario straordinario per l'esercizio delle funzioni elencate al comma 1

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

dello stesso articolo. Trattasi di funzioni decisive quali: la ricostruzione degli immobili privati e la sovrintendenza dell'attività dei vice commissari (i Presidenti regionali) in relazione alla concessione di contributi (lett. *b*), la definizione del quadro complessivo dei danni e del fabbisogno finanziario per i lavori (lett. *c*), il coordinamento degli interventi di ricostruzione e della riparazione di opere pubbliche, etc. La seconda disposizione modificata, quella *ex art.* 14, comma 4, concerne invece l'individuazione delle priorità che devono guidare i soggetti attuatori delle stesse. Quindi, in base alla novella normativa censurata richiedevano il mero parere e non più la previa intesa sia le ordinanze del commissario relative a una non indifferente quantità di questioni (anche di notevole rilievo), sia le priorità stabilite dalla stessa autorità nella fase attuativo-esecutiva.

Riveste significativa importanza rilevare come il già citato *Codice della protezione civile* sia informato al regime dell'intesa tra lo Stato e le Regioni in nome del principio di leale collaborazione, pur quando vi sia stata la "chiamata in sussidiarietà" (basti un richiamo agli artt. 8, 9, 15, 17, 24, 25, 29, 37, 38, 42 e 45). Su tale canone dunque si improntava il d.l. n. 189 del 2016, che prevedeva sia all'articolo 2, sia all'articolo 14 l'intesa tra lo Stato e le Regioni interessate. Tutto ciò a dimostrazione che, in questo campo, l'intesa deve essere considerata la regola.

2. La conferma della maggiore adeguatezza dello strumento dell'intesa tra Stato e Regioni in caso di sovrapposizione tra competenze statali e competenze regionali.

Premesso ciò, la Regione Marche contestava con il proprio ricorso la violazione dei parametri costituzionali di cui agli artt. 117, comma 3, e 118, comma 1, Cost., nonché del principio di leale collaborazione per come elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, mentre la Regione Umbria evocava la violazione degli artt. 3, 4, 5, 97, 117, comma 3, e 118, comma 1, Cost. Le ragioni addotte nei ricorsi sono essenzialmente le stesse e fanno leva principalmente sul dato per cui la disciplina in esame deve essere ricondotta alle materie della "protezione civile" e del "governo del territorio", che rientrano nella legislazione concorrente di cui al comma 3 dell'art. 117 Cost. e dunque non può esserci una chiamata in sussidiarietà "al centro" *sic et simpliciter* (come è avvenuto nella fattispecie), senza prevedere un ruolo centrale delle Regioni interessate, considerata anche la circostanza che (come abbiamo visto poc'anzi) la materia della protezione civile è complessivamente informata ad un forte coinvolgimento delle Regioni.

Nella stessa sentenza, viene ricordato che "*in caso di calamità di ampia portata, riconosciuta con lo stato di emergenza di rilievo nazionale, è possibile la chiamata in sussidiarietà di funzioni amministrative mediante la loro allocazione a livello statale (sentenza n. 303 del 2003) (...) allo scopo di individuare norme di natura tecnica che esigono scelte omogenee su tutto il territorio nazionale (sentenza n. 284 del 2016). Però anche in situazioni di emergenza la regione non è comunque estranea, «giacché, nell'ambito dell'organizzazione policentrica della protezione civile, occorre che essa stessa fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica» (sentenza n. 8 del 2016)» (cons. in dir., punto 5). Sulla scorta di questi passaggi, la Corte costituzionale ha ritenuto ingiustificato, in quanto lesivo del principio di leale collaborazione e degli artt. 117, comma 3, e 118, comma 1, Cost., il passaggio da uno strumento "forte" di coinvolgimento delle Regioni, quale è l'intesa, ad uno strumento "debole", quale è il parere, "atteso che in generale nella materia della protezione civile e del governo del territorio l'intesa costituisce lo strumento adeguato di coinvolgimento delle Regioni" (con riferimento alla [sent. n. 72 del 2019](#), cons. in dir., punto 7)¹. Un esito ancor più ingiustificato, nel*

¹ Più in generale, la [sent. n. 72 del 2019](#) (cons. in dir., 4) sanciva il principio secondo il quale nel momento in cui la disciplina statale interviene su un vasto ambito di materie, tra le quali rientrano sia materie di competenza statale, sia di competenza concorrente, sia di competenza regionale, tale inscindibile sovrapposizione (di "nodo inestricabile" parla la Corte nella [sentenza n. 21 del 2016](#)), non permettendo il ricorso al criterio della prevalenza di una materia rispetto ad un'altra, richiede ineludibilmente la predisposizione, da parte della legge statale, di un'adeguata modalità di coinvolgimento delle Regioni, da valutare caso per caso. In tal senso, nel punto 7 del *considerato in diritto* della

caso di specie, in quanto, tra l'altro, a parere della Corte lo strumento di collaborazione tra lo Stato e le Regioni interessate consistente nell'intesa aveva operato senza particolari criticità sino alla modifica legislativa. A riprova di ciò deporrebbe certamente il fatto che il Governo, nell'adottare il decreto-legge, non prevedeva alcun "declassamento" partecipativo delle Regioni, non incidendo mediante il decreto sulla sostanziale codeterminazione dei provvedimenti tra commissario straordinario e Presidenti regionali. Tale "declassamento" interveniva infatti, inspiegabilmente, solo in sede di conversione parlamentare del decreto governativo (*cons. in dir.*, punto 7).

Per tali ragioni, la Corte costituzionale ha accolto nel merito il ricorso delle Regioni Umbria e Marche dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 37, comma 1, lett. a), n. 1-bis), e lett. b-ter) del d.l. n. 109 del 2018, come convertito, nella parte in cui, nell'ambito dei procedimenti decisionali presi in considerazione, ha degradato ingiustificatamente la partecipazione dell'ente regionale, violando così gli articoli 117, comma 3 e 118, comma 1, Cost.

3. *La (non esaustiva) elencazione delle tecniche di modulazione degli effetti temporali che la Corte costituzionale ha a propria disposizione.*

Come si diceva in apertura, al di là dei profili sostanziali in tema di riparto di materie a livello legislativo e amministrativo tra Stato e Regioni *ex artt.* 117 e 118 Cost., uno degli aspetti del *decisum* che maggiormente attira l'attenzione è quello degli effetti temporali della pronuncia modulati dalla Corte. Nella parte finale della motivazione la Consulta decreta l'efficacia *ex nunc* di tale decisione, facendo così salvi gli atti adottati fino a quella data, al fine di salvaguardare la continuità dell'azione del commissario straordinario in situazione emergenziale, rilevante *ex art.* 97 Cost. Per la Corte, infatti, l'efficacia retroattiva della pronuncia "*avrebbe rappresentato un fattore di ritardo nella ricostruzione e rimozione dei danni dei suddetti eventi sismici, la cui accelerazione, al contrario, costituisce, tra le altre, la ragione ispiratrice del recente d.l. 123 del 2019, in corso di conversione*" (*cons. in dir.*, punto 10).

Per arrivare a quest'ultima soluzione, già a partire dal punto 8 del *considerato in diritto*, la sentenza si sofferma sulla necessità di modulare gli effetti temporali della pronuncia di accoglimento, ricordando sin da subito come la regola generale sia quella della retroattività delle pronunce di accoglimento *ex artt.* 136 Cost. e 30 legge n. 87 del 1953², salvo il limite dei c.d. rapporti esauriti³. Teoricamente, ciò sta a significare che gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento sembrano disciplinati in termini tali per cui il giudice costituzionale non potrebbe regolare autonomamente i summenzionati effetti, come viene previsto esplicitamente, ad esempio, in altri ordinamenti⁴. A tale regola, tuttavia, sono state da tempo sperimentate ed elaborate in via

sentenza che si sta commentando, la Consulta ricorda come, nell'ambito della [decisione n. 72 del 2019](#), sia stata ravvisata "*la maggiore adeguatezza dell'intesa rispetto al parere, allorché la norma statale incroci competenze regionali anche solo concorrenti*".

² *Ex multis*, cfr. A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce di accoglimento*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2015, 8.

³ D. DIACO, [Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente](#), in questa [Rivista, Studi 2016/1](#), 197. L'Autore considera il rapporto esaurito un "*limite intrinseco (in quanto) ... non è una questione di diritto costituzionale processuale, ma attiene piuttosto alle regole che disciplinano i diversi settori dell'ordinamento giuridico*", *loc. cit.*

⁴ Si pensi al modello austriaco, il quale concede normativamente al suo Tribunale costituzionale, a fronte della normale efficacia *ex nunc* delle sue pronunce, un ampio spazio di manovra in ordine alla modulazione degli effetti temporali. Infatti, da una parte, si prevede lo strumento del *Fristsetzung*, che permette il differimento degli effetti della pronuncia; dall'altra, si prevedono importanti istituti per la modulazione degli effetti anche per il passato. Ovvero, ancora, si pensi al modello tedesco, nel quale è disciplinata la possibilità di sospendere gli effetti della declaratoria di costituzionalità: cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 9 in nota.

pretoria delle eccezioni, a cui la Corte ha, per vero, fatto un non indifferente ricorso, soprattutto dalla fine degli anni '80. La dottrina definisce tali tecniche, al pari delle tecniche decisorie manipolative “nello spazio”, come sentenze manipolative “nel tempo”⁵ (nella stessa sentenza vengono, del resto, rammentate anche le tecniche principali di manipolazione fatte proprie dalla Corte).

Anzitutto, quella *dell'incostituzionalità sopravvenuta* (*cons. in dir.*, punto 8, *in fine*), come accertamento dell'intervenuta incostituzionalità da un momento x, posteriore al momento y dell'entrata in vigore della norma illegittima. Perciò, in questi tipi di casi, l'accertamento dell'incostituzionalità determina gli effetti caducatori da un momento successivo all'entrata in vigore della norma viziata per diverse possibili ragioni: o in quanto sono cambiate nel tempo alcune *coordinate normative* di rango costituzionale che hanno determinato tale invalidità (*incostituzionalità sopravvenuta in senso stretto*) o alcune *coordinate interpretative* del parametro costituzionale preso a riferimento (*incostituzionalità sopravvenuta in senso lato* o *incostituzionalità c.d. progressiva*)⁶.

Secondariamente (*cons. in dir.*, punto 9), la modulazione degli ordinari effetti temporali può essere disposta dalla Corte quando si presenta l'esigenza di bilanciare, da una parte, gli interessi giuridici in virtù dei quali si decreta l'espunzione della norma viziata e, dall'altra, gli interessi che possono venir pregiudicati dalla ordinaria eliminazione della norma stessa. In questi casi la dottrina tende a parlare di *incostituzionalità differita*, in quanto gli effetti eliminativi operano unicamente *pro futuro* ovvero da un momento successivo rispetto al momento genetico del vizio. In sostanza, la Corte opera una sorta di valutazione costi-benefici e ricusa i normali effetti *pro praeterito* ove questi possano determinare conseguenze ancora più incostituzionali⁷ (efficace in tal senso è l'immagine della comparazione che la Corte opera tra il c.d. *vizio della norma* e il c.d. *vizio della sua eliminazione*⁸). A differenza di quanto avviene in quella che viene comunemente chiamata incostituzionalità sopravvenuta, qui la peculiarità non risiede nella qualità del vizio accertato, ma nella quantità di effetti di cui viene caricato il vizio stesso, sulla scorta della volontà “discrezionale”

Per l'ampia discrezionalità riconosciuta normativamente dall'art. 62, comma 2, Cost. francese (ma limata dalla giurisprudenza del *Conseil* stesso) al *Conseil constitutionnel*, cfr. M. CAVINO, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 129 ss.

⁵ Di sentenze manipolativa si parla chiaramente in A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, 181.

⁶ Una sorta di suddivisione interna dell'incostituzionalità sopravvenuta sembra venir prospettata in D. DIACO, [Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente](#), cit. , 99 ss.

In merito a questa tematica, non si può, però, non rilevare come per la larga maggioranza degli Autori la categoria dell'incostituzionalità progressiva e quella dell'incostituzionalità differita rappresentino due sinonimi per descrivere lo stesso concetto. Nonostante ciò, nell'ottica di chi scrive, si potrebbe evidenziare un leggero discostamento tra le due categorie. Invero, da una parte, la categoria dell'incostituzionalità progressiva sembra attenere alla natura del vizio riscontrato, che viene appunto accertato come esistente da un momento successivo rispetto all'entrata in vigore della norma, a causa del mutamento ermeneutico di un parametro costituzionale oppure per un bilanciamento tra i valori emergenti che cambia nel corso del tempo (in ciò risiederebbe la sua specialità rispetto alla categoria dell'incostituzionalità sopravvenuta in senso stretto, dove fondamentale è l'inserimento di un nuovo parametro costituzionale di riferimento che invalida la norma). Dall'altra, invece, si potrebbe dire che l'incostituzionalità differita avrebbe nel differimento (discrezionale) degli effetti temporali della pronuncia da parte della Corte costituzionale la sua più riconoscibile caratteristica, nulla rilevando la natura del vizio accertato. Detto ciò, nulla esclude che il differimento possa essere disposto sia in caso di vizio originario, sia in caso di vizio sopravvenuto o progressivo della norma. In sostanza, quindi, si può dire che nel caso dell'incostituzionalità progressiva il bilanciamento degli interessi emergenti operato dalla Corte concerne l'*an* del vizio di incostituzionalità. Diversamente, in caso di incostituzionalità differita, il bilanciamento dei valori in gioco viene fatto a fronte di un vizio già accertato ed è relativo all'opportunità del differimento degli effetti temporali.

⁷ In ciò risiederebbe il fondamento dogmatico di tali decisioni da parte della Corte, G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in [Rivista AIC](#), 1/2014, 8.

⁸ P. CARNEVALE, *La declaratoria di legittimità costituzionale 'differita fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2015, 409.

del giudice delle leggi⁹. In tal senso, si può rilevare come nel primo caso i concetti di validità ed efficacia (e quindi di invalidità ed inefficacia) si muovano sincronicamente, mentre nel secondo caso no. Quindi, nel caso dell'incostituzionalità sopravvenuta, si può dire che la manipolazione temporale è *fisiologica*, tanto che, dommaticamente, risulta forse persino improprio utilizzare il sostantivo "manipolazione" (il giudice accerta il vizio per la sua essenza e per il momento da cui è sorto e, quindi, a rigore, non manipola); nel caso dell'incostituzionalità differita, avendosi una vera e propria manipolazione da parte della Corte, la modulazione degli effetti è con più evidenza *artificiosa*¹⁰. Per tutte queste ragioni, è l'incostituzionalità di tipo differito a creare maggiori problemi. In primo luogo, pare in netto contrasto con l'istituto della rilevanza della questione di legittimità costituzionale a chi intende la rilevanza sia come rilevanza "in entrata" (o rilevanza-applicabilità) sia come rilevanza "in uscita" (o rilevanza-influenza)¹¹. Per questi, tale tipo di manipolazione degli effetti temporali, comportando la potenziale irrilevanza della norma nel giudizio *a quo*, determinerebbe la crisi del carattere incidentale del nostro processo costituzionale¹². In secondo luogo, in questi casi la Corte probabilmente fuoriesce dal punto di equilibrio della sua natura ibrida tra organo giurisdizionale ed organo politico per tendere maggiormente verso il secondo. Orbene, in merito alla prima tematica, pur consci della centralità della questione, è opportuno rilevare che la pronuncia che qui si studia definisce un giudizio in via principale, con la conseguenza che in esso non si pone il problema appena evocato.

3.1. La sentenza n. 246 del 2019 come uno tra i non pochi casi di incostituzionalità c.d. differita.

Nel caso che ci riguarda, pare chiaramente di trovarsi dinanzi ad un caso di *incostituzionalità differita*. È stata accertata l'incostituzionalità *ab origine* della norma, indicando la Corte

⁹ Qualche studioso precisa, tuttavia, che questo tipo di valutazione non sarebbe frutto di "un autonomo potere della Corte, ma di limiti alla retroattività derivanti (...) dall'operare di altri valori costituzionali, al pari di quello relativo alla salvezza dei rapporti esauriti", A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto"* cit., 6, ripercorrendo le considerazioni fatte da C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, 44, per il quale la questione degli effetti temporali delle sentenze della Corte è una questione di rilievo costituzionale sostanziale; T. MARTINES, *Considerazioni sul tema*, ivi, 240, ove si prospetta la possibilità di modulazione facendo PREVALERE un altro valore costituzionale diverso da quello determina l'incostituzionalità della norma.

Diversamente, proprio a cagione della mancanza di un potere discrezionale in ordine alla modulazione degli effetti temporali, questo tipo di pronunce non sono accolte con favore da G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, ivi, 218-219. L'Autore ritiene che il potere di disciplinare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità potrebbe invece sussistere in capo al legislatore, eventualmente, anche dietro suggerimento della Corte stessa, ove vi siano particolari impellenze di rango costituzionale che lo impongono.

In una posizione intermedia, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 77 ss., in cui vengono criticate le storture a cui può condurre l' "(auto)attribuzione di un potere di delimitazione degli effetti nel tempo" in casi, come quelli inerenti alle [decisioni n. 10 e n. 178 del 2015](#), in cui il differimento degli effetti temporali ha natura squisitamente discrezionale e non legata alle caratteristiche del vizio accertato, come invece era avvenuto, ad es., nelle [decisioni n. 50 del 1989](#) e [n. 266 del 1988](#). Non viene, quindi, criticata la modulazione degli effetti *tout court*, ma alcune forme patologiche a cui può condurre tale potere.

¹⁰ Sulla natura dei due tipi di incostituzionalità e sui tratti principali di differenziazione, un'ottima analisi è quella fatta da R. PINARDI, *La Corte, i giudici, il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 61 ss. L'Autore è forse stato il primo ad individuare con tale *nomen* la categoria dell'incostituzionalità differita.

¹¹ Bisogna tuttavia rilevare come la stessa Corte costituzionale non abbia fatto proprio in termini rigorosi tale principio. In tal senso, basti rammentare la storica [sentenza n. 148 del 1983](#) in tema di norme penali di favore.

¹² Così, R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, 613 ss e A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, ivi, 636 ss., in cui parla, in questi casi, di "incidentalità rinnegata". Di diverso avviso è P. CARNEVALE, *La declaratoria di legittimità* cit., 399-400.

adeguatamente le ragioni per cui ritenesse ingiustificato il declassamento disposto dal Parlamento, ma è stato deciso che tale accertamento avesse effetti solamente *pro futuro*. Ad opporsi ai canonici effetti retroattivi della sentenza di accoglimento si è riscontrata l'esigenza di salvaguardare l'attività amministrativa condotta in una situazione straordinaria ed emergenziale ex art. 97 Cost., quale è quella del commissario straordinario nelle zone vittime degli eventi sismici del 2016 e 2017 (*cons. in dir.*, punto 10). Per tale ragione, devono essere fatti salvi gli atti che, pur astrattamente illegittimi, consistono del solo parere e non dell'intesa con i Presidenti delle Regioni interessate. Lo impone l'esigenza di speditezza e celerità che, ancor di più in situazioni del genere, informano ex art. 97 Cost. l'attività amministrativa.

In questa situazione la Consulta ha quindi effettuato quel tipo di bilanciamento a cui già in altre sedi aveva dato corso. In particolare, per fare alcuni esempi, nel caso della [sentenza n. 266 del 1988](#) la Corte aveva preferito differire gli effetti temporali per evitare che l'accoglimento "secco" vertente sulla questione di legittimità di una normativa riguardante lo *status* dei magistrati militari, contrastante con l'indipendenza garantita dall'art. 108 Cost., potesse travolgere tutti gli atti precedentemente adottati; in un'altra occasione, con la [sentenza n. 501 del 1988](#), la Corte aveva differito gli effetti temporali in relazione all'incostituzionalità di una normativa pensionistica che, altrimenti, avrebbe comportato rilevanti oneri finanziari per lo Stato; ancora, con la [sentenza n. 50 del 1989](#), era stata dichiarata l'incostituzionalità solamente *pro futuro* di una norma che escludeva l'applicabilità dell'articolo 128 cod. proc. civ., relativo alla pubblicità delle udienze, per i giudizi celebrati davanti alle Commissioni tributarie di primo e di secondo grado, onde evitare il travolgimento di migliaia di giudizi tributari non coperti da giudicato al momento della pronuncia della Consulta¹³. Tale bilanciamento non aveva invece avuto luogo nel caso della [sentenza n. 360 del 1996](#) in tema di decreti-legge in quanto i vizi della reiterazione degli stessi erano stati, a parere della Corte, sanati dalla conversione parlamentare. Negli ultimi anni, i casi più emblematici sono stati senz'altro quelli studiati delle [sentenze n.1 del 2014](#) e [n. 10 del 2015](#).

Nel primo caso, inerente alla legge elettorale di allora, la Corte ha optato per l'efficacia differita in virtù del principio di continuità dello Stato. Se la pronuncia avesse spiegato gli effetti di un'ordinaria pronuncia di accoglimento si sarebbe arrivati alla drammatica (istituzionalmente parlando) necessità di considerare "invalida" la composizione del Parlamento eletto mediante quella legge e, conseguentemente, alla necessità di considerare invalidi tutti gli atti dallo stesso adottati, con un evidente *vulnus* per il principio della continuità dello Stato e dei suoi organi costituzionali¹⁴. In sostanza, venne previsto che tale declaratoria avrebbe avuto effetti in costanza di una nuova consultazione elettorale.

Nella seconda sentenza menzionata, alla quale si allinea per certo verso [la sentenza n. 178 dello stesso anno](#)¹⁵, inerente alla questione di legittimità di una legge che aveva imposto un tributo "addizionale" a carico delle imprese operanti nel settore degli idrocarburi (c.d. Robin Tax), invece, l'efficacia differita si fondava non solo su esigenze di bilancio ex art. 81 Cost. (la normale illegittimità della norma avrebbe comportato l'onere da parte dello Stato di restituire quanto indebitamente ricevuto), ma anche di eguaglianza e ragionevolezza, per come tutelate dagli artt. 2, 3 e 53 Cost. Anzi, a detta della Corte, proprio in tale ultima circostanza risiederebbe la vera ragione giustificativa di quella pronuncia. Si è infatti detto che, a voler rimborsare gli operatori economici

¹³ Una trattazione di queste ed altre pronunce è affrontata da R. PINARDI, *La Corte, i giudici cit.*, 53 ss.

¹⁴ Sono queste le ragioni che indussero alla limitazione non solo degli effetti *pro praeterito* della declaratoria, la quale "non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle sezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto.", ma anche di quelli *pro futuro*, per cui, "del pari, non sono riguardati gli atti che le Camere adotteranno prima che si svolgano nuove consultazioni elettorali" (*cons. in dir.*, 7)

¹⁵ Criticata aspramente da A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi*, in *Questione giustizia*. L'Autore rileva inoltre come, a dispetto del *nomen* datole dalla Consulta, non si può di certo parlare di incostituzionalità sopravvenuta.

Infatti, a noi sembra che, anche per la [sentenza n. 178 del 2015](#), si debba parlare di un'incostituzionalità differita deputata a contenere i disastrosi effetti che una sentenza di "spesa" avrebbe potuto comportare per le casse dello Stato.

per essere stati gravati da tale (illegittima) misura impositiva, si sarebbe potuta creare una redistribuzione disordinata e iniqua delle risorse finanziarie, in quanto le variabili erano molteplici, soprattutto per quanto concerneva i soggetti effettivamente gravati dall'onere fiscale nel periodo di vigenza della disciplina, essendo stata prevista la possibilità di traslare l'onere impositivo dal produttore al distributore (*cons. in dir.*, punto 8).

4. *Il bilanciamento degli interessi in gioco nella sentenza n. 246 del 2019 e nelle sentenze n. 1 del 2014 e n. 10 del 2015.*

Ora, a chi scrive pare che la sentenza che qui si annota si avvicini molto più, per ragioni di giustizia sostanziale e di interessi costituzionalmente protetti, nonché per il sommerso sentore in merito alla ragionevolezza della soluzione proposta, a quella del [2014](#) piuttosto che a quella del [2015](#)¹⁶.

Nella [sentenza del 2014](#) ad emergere e a venire protetti dalla Consulta sono l'attività dello Stato-persona e la continuità dell'ordinamento costituzionale, ragioni per cui non si può pensare che la Corte avalli la caducazione di un organo costituzionale indefettibile quale è il Parlamento della Repubblica. Tale evenienza avrebbe inevitabilmente condotto alla conseguente invalidazione "a cascata" di tutti gli atti adottati dalle Camere così votate, con buona pace della certezza e della stabilità del diritto e del principio di affidamento dei cittadini.

Nel caso odierno, ad emergere come argine per un accoglimento pienamente retroattivo è la situazione fattuale straordinaria ed emergenziale - la presenza di territori pesantemente coinvolti dagli eventi sismici - a cui la Pubblica Amministrazione deve far fronte. Si considera fondamentale sottolineare questo dato, all'apparenza meramente congetturale, in quanto è questa straordinarietà a fornire una *forza* altrettanto *straordinaria di resistenza* ai principi che, *ex* articolo 97 Cost., governano l'attività amministrativa in relazione agli ordinari effetti retroattivi, legittimante il differimento che in altri casi simili è stato disposto. Quindi, il principio di base, è che di volta in volta bisogna indagare quale sia il valore che si oppone all'applicazione della regola della retroattività della sentenza di accoglimento, rapportando questo valore a quello che fonda l'incostituzionalità stessa. In questo caso, pare evidente come la straordinarietà della situazione di fatto giustificasse il mancato travolgimento degli atti adottati in violazione della "sola" leale collaborazione tra lo Stato e le Regioni. Sia chiaro, non si vuole con ciò dire che le violazioni costituzionali nell'ambito dei rapporti tra Stato e Regioni siano lesioni di secondo momento. Si vuole semplicemente ribadire la speciale rilevanza dell'eccezionalità e della natura emergenziale di determinate situazioni e della loro legittimazione a determinare decisioni altrettanto eccezionali della Consulta. Ciò per dire che, ove le regole attinenti agli effetti temporali delle pronunce della Corte costituzionale - e, più in generale, le regole del processo costituzionale - non consentano di fare vera e profonda giustizia costituzionale, è auspicabile che vi si deroghi.

Cionondimeno, non si devono disconoscere i pericoli che tale fluida ed elastica impostazione delle regole può comportare. Invero, in alcuni casi ciò può condurre a decisioni di sofisticato equilibrio, nell'ambito delle quali la Corte esercita una discrezionalità - verrebbe da dire - *costituzionalmente orientata* ("a rime obbligate"), mentre in altri casi può sfociare in decisioni apparentemente più "arbitrarie", in cui la volontà di fare giustizia funge solo da maschera per altri scopi, per il cui perseguimento la Corte sembra fare una scelta di mera opportunità politica. Purtroppo, quest'ultimo tipo di eventualità sembra essersi verificata in relazione alla decisione [n. 10 del 2015](#)¹⁷. In quella sede, il Giudice delle leggi sembra aver alluso alle risorse finanziarie dello

¹⁶ Sulle differenze rinvenibili tra le soluzioni proposte nei due casi menzionati in ordine agli effetti temporali, v. G. REPETTO, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale. Profili processuali*, Convegno "Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale" (in corso di pubblicazione).

¹⁷ C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazione sulle sentenze numero 10 e 155 del 2015*, in [Federalismi.it](#), n. 19/2015, 23.

Stato, celando, in maniera criticata da molti¹⁸, l'impellente esigenza di preservare le stesse sotto l'esigenza dell'uguaglianza e ragionevolezza nella redistribuzione della ricchezza.

5. *L'atto amministrativo inoppugnabile e l'ondivaga categoria del "rapporto esaurito".*

In conclusione, ci si vuole soffermare sommessamente e brevemente sulla nota categoria dei rapporti esauriti e sui suoi tratti in costante evoluzione ed oggetto di continui dibattiti in sede dottrina e giurisdizionale. In particolare, ripercorrendo alcune delle pronunce già menzionate, nella [sentenza 1 del 2014](#) è la stessa Corte a definire la precedente elezione delle due Camere come un "*fatto concluso*" (*cons. in dir.*, punto 7.). Anche nel caso odierno, seppur di segno opposto, la Corte opera la valutazione che qui segue: "*l'esigenza contingente ed eccezionale – in quanto derivante da una calamità con connotazione di situazione di emergenza nazionale – di continuità dell'azione del commissario straordinario è rilevante sul piano costituzionale (art. 97 Cost.) e comporta la necessaria salvezza degli atti di quest'ultimo, per i quali sia intervenuto, nella vigenza (e in osservanza) della disposizione censurata, il parere favorevole dei (e non già l'intesa con i) Presidenti delle Regioni interessate. In tale situazione l'efficacia retroattiva della presente pronuncia rischierebbe di incidere negativamente sull'azione amministrativa già utilmente posta in essere dal commissario straordinario, pur non ancora consolidata in una situazione esaurita.*" (*cons. in dir.*, punto 10). Certo, non sfugge in questa sede la regola per cui spetta ai giudici comuni, nell'ambito del proprio sottosistema normativo, individuare di volta in volta quali siano i rapporti da considerarsi esauriti. Tuttavia, la cognizione del giudice costituzionale sulla natura esaurita o meno dei rapporti scaturenti o intaccati dalla norma dichiarata incostituzionale, come abbiamo appena visto, non è infrequente. Pare, quindi, indubbiamente sdoganato il principio secondo cui la valutazione del rapporto esaurito debba essere fatto solamente dal giudice comune¹⁹, dando la Corte costituzionale in questi casi delle chiare indicazioni, rispetto alle quali pare difficile che un giudice dia segno totalmente opposto. In questo senso, l'individuazione dei rapporti esauriti ha la medesima funzione della modulazione degli effetti temporali, quella di lasciare intatti i fatti anteriori alla declaratoria. Seppur vero quanto appena detto, è innegabile che la modulazione diretta da parte della Corte sia uno strumento molto più efficace, poiché ha efficacia *erga omnes*²⁰, mentre l'altro può, tutt'al più, fungere come strumento – autorevolissimo, s'intenda – di mera *moral suasion* nei confronti dei giudici comuni.

Proprio in questa maggiore coerenza sta la ragione della modulazione degli effetti temporali, quand'anche la Corte si possa appellare altresì al rapporto esaurito.

¹⁸ Sulla debolezza delle argomentazioni dei giudici costituzionali, cfr. *ivi*, 23 ss. L'A., nello specifico, fa lave anche sul fatto che tale tipo di decisione non troverebbe ragione nella natura propria della decisione, che non sarebbe ciò che la dottrina etichetta come sentenza "additiva di prestazione" o "di spesa". Di avviso contrario è A. ANZON, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto"* cit., 11, per la quale l'*iter* argomentativo della Corte è "*serio e convincente*". In questo senso, l'autrice supera altresì l'obiezione secondo cui decisioni siffatte comporterebbero in futuro la mancanza di interesse nell'impugnare tributi possibilmente incostituzionali dicendo che, comunque sia, gli onerati verrebbero risparmiati dal pagamento del tributo per il futuro, avendo quindi concreto interesse all'espunzione della norma.

Pare invece di più difficile superamento l'obiezione secondo cui decisioni siffatte potrebbero indurre lo Stato ad adottare irresponsabilmente nuovi tributi nella consapevolezza di non venir mai condannati dalla Corte al rimborso delle somme percepite in virtù della protezione fornita dall'articolo 81 Cost. Per lo studio delle sentenze "di spesa" e dell'impatto che l'art. 81 della Costituzione ha nelle tecniche decisorie della Consulta, v. i vari contributi in CORTE COSTITUZIONALE (a cura di), *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. c. Cost.*, Giuffrè, Milano, 1993.

¹⁹ Secondo P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità* cit., 411, "*laddove la sottrazione dei rapporti giuridici agli effetti della decisione di accoglimento sia direttamente fondata su esigenze costituzionalmente protette, evidentemente si (è) in presenza di una faccenda di diritto costituzionale sostantivo*". In tal senso, la questione diviene di diretta e necessaria cognizione da parte della Corte costituzionale.

²⁰ Cionondimeno, non si disconosce l'assunto per il quale, *de facto*, è la magistratura comune a decidere delle sorti applicative di una pronuncia della Corte costituzionale ed in tal senso, mediante qualche *escamotage* giuridico pertinente al proprio sistema, potrebbe – per dirla con R. PINARDI – "ribellarsi", in *La Corte, i giudici ed il legislatore* cit., 120 ss.

Sotto altro punto di vista, ci si vuole soffermare sull'essenza del rapporto esaurito, sul suo *an*, che è poi la questione più dibattuta. Nel caso che qui interessa si ritiene che un rapporto esaurito possa essere determinato dall'inoppugnabilità dell'atto²¹ del commissario straordinario, quantomeno in relazione alle ordinanze di cui all'art. 2.

Nonostante ciò, tali rapporti sono stati considerati dalla Corte, nella parte sopra riportata, come non esauriti e se ne prende atto, ma ci si domanda il perché di tale nettezza ed assolutezza e il perché non si sia fatto riferimento anche alla categoria dell'atto amministrativo non più impugnabile. Infatti, con particolare riferimento al nostro caso, quando viene dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge istitutiva o regolativa del potere amministrativo, si è dinanzi ad un uno dei casi di c.d. *invalidità sopravvenuta* dell'atto amministrativo²².

La patologia avrebbe natura di "mera" annullabilità secondo l'impostazione assolutamente maggioritaria²³, per cui la mancata impugnazione nei termini dovrebbe comunque condurre all'intangibilità dello stesso e dei suoi effetti sia nel caso di incostituzionalità di una norma sulle modalità dell'azione amministrativa, sia in caso di declaratoria di incostituzionalità di una norma attributiva del potere²⁴.

Premesso ciò, allora, come si diceva prima, ben vi potrebbero essere ordinanze del commissario straordinario, adottate in vigenza della modifica dichiarata incostituzionale, senza la previa intesa con le Regioni interessate, da considerarsi comunque non travolgibili²⁵ perché l'*inoppugnabilità* determinerebbe la *non pendenza* del rapporto.

6. Considerazioni conclusive.

Conclusivamente, a noi sembra che quello della modulazione degli effetti temporali sia un *implied power* della Corte costituzionale che può essere utilizzato in ossequio alle priorità emergenti dalla Costituzione, vista anche la regolazione non univoca dell'efficacia temporale delle proprie sentenze. Precisamente, si rende auspicabile tale utilizzo al fine di consentire alla Corte il pieno svolgimento del proprio ruolo, quello di rendere una vera ed effettiva giustizia costituzionale, anche in conformità al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. Invero, proprio questo valore, di rango massimamente primario in uno Stato di diritto moderno, non

²¹ Sull'inoppugnabilità dell'atto amministrativo quale limite alla retroattività della declaratoria di illegittimità, v. D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, cit., 197; analogamente, G. PARODI, in AA. VV. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006, 2659; M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi* cit., 128 ss., in cui fa riferimento al principio di diritto comune della "salvezza degli atti compiuti dal funzionario di fatto" del quale la Corte avrebbe fatto evidente utilizzo nel caso della [sentenza n. 398 del 1989](#); G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, II, 190.

²² Sul punto, G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Diritto amministrativo. Rivista trimestrale*, Giuffrè, Milano, n. 1/2003, 15 ss.

²³ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, 250-251, il quale fa chiaro riferimento al fatto che l'atto amministrativo posto in essere nell'esercizio di poteri attribuiti da legge incostituzionale non è inesistente, ma solamente annullabile. Analogamente, cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Editrice, Roma, 2018, 1441-1442, secondo il quale la tesi della "mera" annullabilità è assolutamente maggioritaria sia in dottrina che in giurisprudenza. Come tale, secondo la nostra valutazione, passibile di divenire inoppugnabile e, per tale ragione, fatto concluso.

²⁴ Secondo altra impostazione minoritaria, invece, si dovrebbero distinguere le due fattispecie. Nel caso dell'incostituzionalità di una norma concernente le modalità di esercizio del potere, saremmo dinanzi alla patologia dell'annullabilità, mentre, nel caso di incostituzionalità di una norma che fonda il potere, la patologia dell'atto sarebbe quella della nullità e, per tale ragione, il ricorrente potrebbe giovare della sopravvenuta dichiarazione d'illegittimità costituzionale senza incontrare la preclusione del mancato rispetto dei termini di decadenza. Ad ogni modo, per entrambe le impostazioni sul problema, rimane comunque ammessa la possibilità per la Pubblica Amministrazione di agire in autotutela per la rimozione dell'atto invalido, ove vi siano concrete ragioni di interesse pubblico prevalenti rispetto all'affidamento ingenerato nei privati. In tal senso, cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1442-1443.

²⁵ Nel senso che anche senza la modulazione degli effetti temporali da parte della Corte.

può che condurre ad ammettere tale libertà di manovra della Corte nelle proprie decisioni²⁶. Insomma, si potrebbe ipotizzare che la regola della retroattività di cui agli artt. 136 Cost. e 30 legge n. 87 del 1953 sia in fondo una regola *non assoluta* alla quale la Corte, allorché vi si oppongono stringenti esigenze costituzionali sostanziali, può opporre legittime eccezioni, a condizione che venga svolto un bilanciamento espresso dei valori in gioco in virtù dei quali si ritiene controproducente l'applicazione della regola in questione (analogamente a quanto fatto nel *cons. in dir.*, punto 10 della sentenza *de qua*). Di seguito, alcuni argomenti che possono dar sostegno ad un'affermazione che, altrimenti, può apparire assertiva e apodittica.

Anzitutto, si è visto sopra come altri giudici costituzionali europei abbiano ampio spazio di manovra in tema di governo degli effetti temporali. In secondo luogo, si deve prendere atto di un dato della realtà: il diritto costituzionale sostanziale e, soprattutto, processuale, molto più di altre branche giuridiche, si sostanzia nella giurisprudenza del suo massimo interprete, la Corte costituzionale. Detto ciò, è innegabile che la Corte abbia da anni rivisto le regole in ordine agli effetti temporali delle proprie pronunce. Questo in quanto, *last but not least*, coadiuvare l'attuazione della nostra legge fondamentale mediante i propri poteri e le proprie funzioni è proprio quello che viene demandato in massima misura ad un organo di giustizia costituzionale. In tal senso, la modulazione degli effetti temporali si impone, a maggior ragione, quando la presenza di altri valori rende tale operazione costituzionalmente obbligata o, come si suol dire, "a rime obbligate"²⁷. Quanto detto, rende abbastanza tranquilli nel dire che in questo caso la Corte abbia fatto buon governo dei summenzionati principi, facendo un uso prudente degli strumenti che ha a propria disposizione. Infatti, i rapporti tra lo Stato e le Regioni, l'equilibrio autonomistico, il principio di leale collaborazione sono sì importanti, ma non impediscono l'utilizzo della tecnica del differimento degli effetti temporali nel momento in cui venga ravvisato un principio, come quello della continuità dell'azione amministrativa in situazione di emergenza *ex art. 97 Cost.*, la cui cogenza renderebbe il vizio dell'eliminazione (retroattiva) della norma ancor più lesivo del vizio della norma stessa.

²⁶D'altra parte, non si può non rilevare come il principio menzionato abbia negli ultimi tempi implicato sviluppi in ogni branca giuridica, proprio al fine di innalzare i livelli della tutela giurisdizionale. Per esempio, nel processo amministrativo è dove maggiormente si scorge un'enorme evoluzione delle tutele, con il passaggio da un sistema giurisdizionale consistente in rimedi meramente caducatori (di annullamento dell'atto) ad uno nel quale si sono inseriti altri rimedi, quali quelli di condanna, risarcitori e cautelari, tra gli altri.

²⁷La ragione principale, di diritto costituzionale sostanziale, fondante la "manipolazione temporale" viene così percepita da V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in *Effetti temporali delle sentenze cit.*, 337, in quanto "vi sono nell'ordinamento alcuni principi e valori costituzionali, dai quali discende necessariamente una limitazione degli effetti cosiddetti retroattivi".

Antonio Ruggeri
**Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e
tecnologico, teoria della Costituzione**
(con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*

ABSTRACT: *The study highlights that the political-institutional context, on the one hand, and scientific and technological development, on the other, leave marked signs both on the first and on the second part of the Constitution, only that the theoretical reflection seems to take them into account, adapting to them, as regards the substantial part, while the theoretical schemes relating to the organizational part are slow to update. Particular attention is paid to the role played by science and technology as regards the "invention" of new fundamental rights, as well as to the mutual aid that science and the Constitution give, testified by some well-known procedural events on the subject of beginning and end -life.*

SOMMARIO: 1. La tesi che qui si tenterà di argomentare: marcati appaiono essere i segni lasciati dai mutamenti di contesto politico-istituzionale e dallo sviluppo scientifico e tecnologico sulla parte sostantiva della Carta e, di riflesso, sulle teorizzazioni relative ai diritti, nel mentre quelli pure assai consistenti riguardanti le dinamiche del potere e l'organizzazione in genere non sembrano ad oggi aver avuto la loro speculare proiezione nello svecchiamento di schemi teorici da tempo invalsi. – 2. Lo strumentale utilizzo fatto delle risorse apprestate dalla scienza e dalla tecnologia (a partire da *Internet*) da parte di forze politiche di connotazione populista e nazionalista quale testimonianza della crisi profonda che affligge la democrazia rappresentativa (e, perciò, la democrazia *tout court*), il cruciale rilievo assunto dall'integrazione sovranazionale in corso e i suoi riflessi sulle dinamiche istituzionali di diritto interno, le gravi e ricorrenti alterazioni dei ruoli degli organi sia d'indirizzo e sia di garanzia rispetto alla tipizzazione fattane nella Carta, la stanca ripetizione a fronte di sì consistenti novità degli schemi usuali in ordine alla "forma di governo" ed alla "forma di Stato". – 3. Il sostanziale rinnovamento teorico, di cui si ha riscontro in dottrina come pure in giurisprudenza, avente ad oggetto i diritti fondamentali, nondimeno gravato da alcune persistenti aporie di costruzione (specificamente per ciò che attiene ai rapporti tra la nostra e le altre Carte dei diritti), e il rilievo della comparazione giuridica al fine di cogliere e salvaguardare l'essenza della identità costituzionale, assiologicamente connotata. – 4. Il centrale rilievo della scienza e della tecnologia nella "invenzione" di nuovi diritti fondamentali, il mutuo sussidio che scienza e Costituzione si danno, i limiti di ordine etico-giuridico ai quali la prima è soggetta, a presidio della dignità della persona umana, testimoniati l'uno e gli altri da alcune discusse vicende processuali in tema d'inizio e fine-vita. – 5. Una succinta riflessione finale, dal punto di vista dei principi di base dell'ordinamento repubblicano.

1. La tesi che qui si tenterà di argomentare: marcati appaiono essere i segni lasciati dai mutamenti di contesto politico-istituzionale e dallo sviluppo scientifico e tecnologico sulla parte sostantiva della Carta e, di riflesso, sulle teorizzazioni relative ai diritti, nel mentre quelli pure assai consistenti riguardanti le dinamiche del potere e l'organizzazione in genere non sembrano ad oggi aver avuto la loro speculare proiezione nello svecchiamento di schemi teorici da tempo invalsi

Enuncio subito la tesi nella quale mi riconosco e passo quindi a rappresentare gli argomenti che a mio modo di vedere depongono a suo sostegno.

La premessa, indiscussa, dalla quale muovo è che il contesto politico-istituzionale è profondamente cambiato rispetto a quello in cui è maturata la stagione costituente, così come si è assistito ad un vistoso e crescente sviluppo scientifico e tecnologico che va sempre di più lasciando

* Lo scritto tratta un tema che avrebbe dovuto costituire oggetto di una lezione al corso di *Giustizia costituzionale comparata* del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, non tenuta a causa della emergenza dovuta al coronavirus. Ringrazio di cuore Vittoria Barsotti per l'invito rivoltomi, rammaricandomi del fatto che non abbia potuto avere seguito: alla luce di precedenti, analoghe esperienze, sono infatti certo che, grazie al confronto con colleghi e studenti, la versione finale di questo studio ne avrebbe tratto non poco profitto.

un segno marcato sulla vita di relazione, praticamente in ogni suo aspetto¹. Scienza e contesto, d'altronde, si condizionano variamente a vicenda; e la storia ce ne dà ripetute e sicure conferme. Basti solo pensare ai condizionamenti ideologici ai quali la scienza è andata soggetta in ordinamenti autoritari² e, viceversa, alle aperture ad essa fatte in quelli di tradizioni liberali. Dal suo canto, la scienza ha fortemente segnato (e segna) l'organizzazione e le dinamiche istituzionali, accompagnandone ed orientandone gli svolgimenti³ e, prima ancora, ha portato ad una crescente espansione della "materia" costituzionale⁴, per ciò che attiene ai diritti come pure in relazione ai poteri⁵, concorrendo per la sua parte in rilevante misura alla complicazione del quadro costituzionale rispetto alla sua conformazione in un passato anche non remoto⁶.

Ora, lo sviluppo della scienza parrebbe aver esercitato un'incidenza significativa sul versante dei diritti (e dei doveri)⁷, specie con riguardo a quelli maggiormente sensibili agli sviluppi della scienza stessa, obbligando pertanto la teoria costituzionale a rivedere alcuni schemi usuali e collaudati di inquadramento sistematico e la giurisprudenza a tenerne conto nella soluzione dei casi. Di contro, non sembra aver avuto la sua naturale e speculare proiezione per ciò che attiene alla sistemazione e

¹ Avverto che faccio qui utilizzo del termine "scienza" in un'accezione circoscritta alle sole discipline c.d. "esatte", con esclusione di quelle umano-sociali [sui vari significati del termine stesso, di recente, G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in Dirittifondamentali.it, 2/2019, 18 dicembre 2019, 3 ss.].

² Le tristi e vergognose sperimentazioni fatte al tempo del nazismo al fine della selezione della razza "pura" sono solo la punta esasperata di un fenomeno assai articolato e internamente composito.

³ Basti solo pensare alla invenzione di figure istituzionali di primario rilievo, ancora fino a non molti anni addietro sconosciute, in relazione a taluni sviluppi della scienza e della tecnologia, per un verso, e, per un altro verso, del processo d'integrazione sovranazionale. Così, ad es., per quanto attiene a talune autorità indipendenti, quali quelle per la *privacy* o le comunicazioni, la concorrenza e il mercato, e via dicendo.

⁴ Questa vicenda è ripercorsa nei suoi tratti essenziali e maggiormente espressivi 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 AA.VV., *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato, Giappichelli, Torino 2019, 299 ss. e, già, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 4/2017, 12 dicembre 2017.

⁵ D'altronde, è ormai provato che le esperienze riguardanti l'una parte della Carta proiettano quindi la loro immagine e riflettono i loro effetti anche sull'altra, e viceversa, al punto di rivelarsi forzato e comunque infruttuoso il tentativo di tenerle rigidamente separate (su ciò, per tutti, M. LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri"*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova 1985, 497 ss., 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.).

⁶ La qual cosa, poi, ripropone la vessata questione circa la opportunità di adeguare il dettato costituzionale alla "materia" sottostante, debordante dai confini della Carta, nella sua attuale stesura, se non altro al fine di evitare che porzioni consistenti della materia stessa seguitino ad essere regolate con legge comune, quando non con atti a questa sottostanti, con le negative conseguenze, a tutti note, che sempre si accompagnano allo scarto tra materia e forma costituzionale. Un adeguamento che, a mia opinione, richiede di esser fatto partendo proprio dalla parte sostantiva e, prima ancora, anzi dagli stessi principi fondamentali, rafforzandone la capacità "inclusiva", in scrupolosa fedeltà con la loro matrice originaria. Così, per fare ora solo un cenno a questioni che saranno più avanti riprese, sarebbe sommamente opportuno (e, anzi, necessario) un riferimento all'ambiente ed all'ecosistema nell'art. 9 o l'inserimento di una *Europaklausel* nell'art. 11, allo scopo opportunamente aggiornato, essendo palesemente insufficienti i riferimenti al riguardo contenuti nel nuovo Titolo V [quanto all'esperienza a quest'ultimo riguardo maturata presso altri ordinamenti, v. A. GUAZZAROTTI, *Legalità senza legittimazione? Le "clausole europee" nelle Costituzioni degli Stati membri dell'U.E. e l'eccezione italiana*, in Costituzionalismo.it, 3/2019, 12 novembre 2019].

⁷ Assai meno battuto – come si sa – è questo secondo versante rispetto al primo. Avverto che anch'io mi trovo qui costretto, a motivo dello spazio ristretto di cui ora dispongo, a non farne parola, ripromettendomi tuttavia di colmare questa lacuna in una prossima occasione. È ad ogni buon conto evidente che la scienza e la tecnologia, nelle loro applicazioni ad alcune spinose vicende, quali quelle d'inizio e fine-vita, cui si farà più avanti specifico riferimento, attivano doveri di *facere* ovvero di *non facere* a carico dei soggetti partecipi delle vicende in parola, siano i protagonisti delle stesse come pure il personale medico e i terzi in genere a vario titolo in occasione del loro svolgimento coinvolti. Tanto più evidenti, poi, i doveri in parola (e, specificamente, quelli di solidarietà) in situazioni di emergenza, quale quella particolarmente sofferta del tempo presente dovuta alla diffusione del coronavirus, dal momento che è dallo scrupoloso, puntuale e responsabile adempimento dei doveri stessi, in linea con le indicazioni venute dalla scienza, che dipende il superamento, sia pure con un costo gravosissimo, dell'emergenza stessa.

rappresentazione delle più salienti dinamiche del potere e delle vicende riguardanti l'organizzazione in genere. Più brevemente: la scienza ha portato (e porta) senza sosta alla "invenzione" ed alla complessiva messa a punto di nuovi diritti fondamentali, dei quali per la sua parte (ed è – come si sa – una parte assai consistente) si è fatta interprete e garante la giurisprudenza⁸; ha, altresì, portato a nuove forme di espressione della politica, anzi ha cambiato il modo stesso di fare politica, ma le categorie di fondo del diritto costituzionale che specificamente riguardano quest'ultima, a partire da quelle di "forma di Stato" e di "forma di governo" parrebbero non averne particolarmente risentito.

Se assumiamo a parametro di riferimento l'idea di Costituzione consegnataci dai rivoluzionari francesi all'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti* del 1789, si ha l'impressione che la scienza abbia fattivamente concorso (ed incessantemente concorra) al rifacimento del primo elemento di cui essa si compone, i diritti fondamentali, mentre non riesca a dare un apporto significativo al rinnovamento del secondo, la separazione dei poteri, in relazione al quale dottrina e giurisprudenza seguitano ad adoperare formule espressive non influenzate dagli sviluppi della scienza e – per strano che possa sembrare – neppure da rilevanti mutamenti di contesto politico-istituzionale, a partire da quelli, di cruciale rilievo, riguardanti il versante delle relazioni interordinamentali. Potremmo ancora più sinteticamente rappresentare questo stato di cose nei termini seguenti: la teoria della Costituzione di cui parrebbero farsi portatrici dottrina e giurisprudenza, *nella parte relativa ai diritti (e, specificamente, ad alcuni di essi), appare essere in rilevante misura condizionata sia dalla scienza e sia pure dal contesto, assai meno con riguardo a talune categorie tradizionali concernenti l'organizzazione (quali quelle di "forma di governo" e di "forma di Stato") che parrebbero essere impermeabili, refrattari a farsi dai mutamenti suddetti influenzare.*

Si tratta ora di stabilire se questa ipotesi ricostruttiva trova riscontro (e, se sì, fino a che punto) nell'esperienza, osservata in alcuni dei suoi più salienti svolgimenti.

2. Lo strumentale utilizzo fatto delle risorse apprestate dalla scienza e dalla tecnologia (a partire da Internet) da parte di forze politiche di connotazione populista e nazionalista quale testimonianza della crisi profonda che affligge la democrazia rappresentativa (e, perciò, la democrazia tout court), il cruciale rilievo assunto dall'integrazione sovranazionale in corso e i suoi riflessi sulle dinamiche istituzionali di diritto interno, le gravi e ricorrenti alterazioni dei ruoli degli organi sia d'indirizzo e sia di garanzia rispetto alla tipizzazione fattane nella Carta, la stanca ripetizione a fronte di sì consistenti novità degli schemi usuali in ordine alla "forma di governo" ed alla "forma di Stato"

Lo scarto che si registra tra i mutamenti di contesto e lo sviluppo scientifico da un canto, il modo corrente di vedere le dinamiche dell'organizzazione dall'altro, risulta vistoso e, per certi versi, inspiegabile.

Singolare ai miei occhi appare la circostanza per cui non soltanto la Consulta ma anche altri operatori istituzionali ed accreditati studiosi seguitano a tenere fermi taluni risalenti schemi teorici riguardanti l'organizzazione, malgrado i profondi rivolgimenti registratisi nel modo di fare politica e, in genere, nelle dinamiche del potere, anche per effetto dell'utilizzo di taluni strumenti apprestati dalla scienza e dalla tecnologia.

Vado subito al cuore della questione. Ebbene, piaccia o no, occorre prendere atto che alcuni prodotti di queste ultime sono stati (e sono) strumentalmente piegati da forze politiche populiste al fine di accreditare l'idea che il modello di democrazia rappresentativa, che – nel bene come nel male – ha segnato le vicende degli ordinamenti di tradizioni liberali ed è stato quindi recepito (sia pure con

⁸ ... ora anticipando ed ora accompagnando e seguendo la produzione legislativa ovvero supplendo alle più vistose e gravi carenze della stessa; del tutto assente, poi, una pur essenziale disciplina con fonte costituzionale dei diritti della quale, come si è tentato di mostrare in altri luoghi, si avrebbe invece urgente bisogno (dei complessi e controversi rapporti tra il diritto c.d. "politico" e il diritto giurisprudenziale si è di recente nuovamente discusso in occasione della Giornata di studi in ricordo di A. Pizzorusso del 16 dicembre 2019 su *Il diritto giurisprudenziale*, i cui Atti non sono ad oggi venuti alla luce).

corposi adattamenti) dalle Carte venute alla luce nel secondo dopoguerra, sia da considerare ormai largamente obsoleto a fronte di una impetuosa ed incontrollata avanzata di un modello di democrazia diretta che ha nelle piazze e nel *web* i luoghi elettivi per farsi valere⁹.

In realtà, la dottrina più avvertita si affanna – com'è noto – nel tentativo di smentire questa falsa credenza, adducendo copiosi e penetranti argomenti che avvalorano l'idea secondo cui quella che si realizza nei luoghi suddetti risulta essere una pseudo-democrazia, anzi la contraddizione stessa della democrazia, costretta a recedere ed a convertirsi in quella olocrazia che ha avuto, forse, nel processo a Gesù la sua più emblematica, rovinosa espressione per l'umanità¹⁰. Purtroppo l'eco di questa critica non riesce a pervenire agli strati più larghi della pubblica opinione, secondo quanto è avvalorato *per tabulas* dagli esiti più recenti delle consultazioni popolari¹¹.

Non si tratta – come si sa – di una vicenda esclusivamente tipica del nostro Paese (basti solo pensare alla elezione di Trump negli Stati Uniti o a ciò che si ha in Paesi, come la Francia, al nostro non lontani per tradizioni politico-istituzionali); da noi, però, il fenomeno appare particolarmente vistoso per forme ed effetti.

Debbo fare una confessione. Mi è capitato di recente di partecipare ad un incontro di studio con colleghi di altri Paesi, pure attenti conoscitori delle più salienti vicende istituzionali del nostro, che mi hanno posto una domanda che mi ha creato non poco disagio, sollecitandomi a chiarire come possa accadere che la maggiore forza politica, per rappresentanza parlamentare, della coalizione che sorregge il II Governo Conte, seguiti a mandare in piazza i suoi sostenitori ed allo stesso tempo uno dei partiti di maggioranza, il cui *leader* è Matteo Renzi, si sia schierato (e si schieri) in più occasioni dalla parte delle opposizioni, specie sulla questione della prescrizione dei processi, nel mentre la

⁹ Su ciò le opportune avvertenze di P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 71 ss. Quanto, poi, alla diffusione del populismo, la letteratura – come si sa – è ormai imponente: *ex plurimis*, v. M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*², Bologna 2015; J.-W. MÜLLER, *Cos'è il populismo?* (2016), trad. it., Milano 2017; A. SPADARO, *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*, Milano 2017; M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino 2017; 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, 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. 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*, 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. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *Federalismi.it*, 12/2019, 19 giugno 2019; AA.VV., *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, a cura di G. Delledonne - G. Martinico - M. Monti - F. Pacini, Palgrave Macmillan, London 2020.

¹⁰ ... per quanto, se le cose non fossero andate così, il disegno salvifico del creatore non avrebbe potuto realizzarsi. Sul processo a Gesù, v., almeno, A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994; G. ZAGREBELSKY, *Il "Crucifige!" e la democrazia*, Einaudi, Torino 1995, e M. MIGLIETTA, *I.N.R.I. Studi e riflessioni intorno al processo a Gesù*, Satura, Napoli 2011.

¹¹ Il quadro, nondimeno, appare essere assai fluido ed incerto nei suoi prossimi sviluppi, secondo quanto testimonia la crisi evidente in cui versa il MoVimento 5 stelle cui fa da contraltare la crescita delle forze politiche d'ispirazione nazionalista.

coalizione parrebbe non risentirne e miracolosamente eviti di dissolversi, come sarebbe altrove accaduto da tempo¹².

L'esempio è altamente emblematico del fatto che le vecchie "regole", anche quelle della politica, sono "saltate", senza che peraltro si riesca a capire se e quali nuove regole possano prenderne il posto¹³.

Sia chiaro. La degenerazione della democrazia ha molte cause, tra le quali centralità di posto va assegnata al vistoso e, a quanto pare, inarrestabile degrado culturale di una classe politica autoreferenziale, afflitta da una crisi d'identità quale mai forse si era registrata prima. *Internet* ha però dato un concorso non secondario a questa involuzione dagli imprevedibili esiti¹⁴, tra i quali quello – forse, dotato delle maggiori probabilità di affermazione – dell'avvento di un nuovo ordine politico-istituzionale fortemente connotato da elementi d'ispirazione populista e nazionalista allo stesso tempo, mescolati assieme secondo dosaggi interni che solo le urne potranno stabilire.

In realtà, un mutato contesto politico-istituzionale rispetto a quello della stagione costituente e del primo decennio di vita repubblicana ha comportato una complicazione del quadro delineato nella Carta a riguardo della organizzazione ed una profonda trasformazione dei ruoli degli organi costituzionali, con evidenti ed immediati riflessi sia sulla forma di governo che sulla stessa forma di Stato. La causa principale della trasformazione in parola è, a mio modo di vedere, da rinvenire nel corposo trasferimento di quote viepiù consistenti di sovranità a beneficio delle Comunità Europee, prima, e, quindi, dell'Unione europea, oltre che della Comunità internazionale, "razionalizzato" peraltro – come si sa – dal riferimento fattovi nell'art. 117, I c., dopo la "novella" del 2001¹⁵.

Tutto ciò, a prima vista, parrebbe non avere nulla a che fare con la scienza; e però proprio la forte contrazione della sovranità dello Stato, conseguente al trasferimento in parola, unitamente ad una congiuntura segnata da plurime ed ingravescenti emergenze (da quella ambientale a quella economica, terroristica, migratoria e, oggi, soprattutto da quella sanitaria, ecc.), ha alimentato in considerevole misura un populismo e nazionalismo dilaganti, concorrendo perciò a farne la fortuna, *anche* grazie alle risorse allo scopo apprestate dalla tecnologia, a partire proprio da *Internet*, oltre che dai canali usuali di comunicazione (particolarmente, stampa e televisione).

Mentre il mondo cambiava, i massimi garanti del sistema (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale), pur nella tipicità dei ruoli, hanno tenuto (e tengono) un atteggiamento ondivago, ora seguitando a riprodurre stancamente taluni schemi di risalente fattura nei quali si specchiano le regole antiche della forma di governo parlamentare ed ora invece adeguandosi ai mutamenti di contesto nel frattempo registratisi, nell'intento di mantenere salda l'appartenenza del nostro Stato all'Unione europea e di assicurare l'adempimento degli obblighi da questa discendenti, e limpida l'immagine di

¹² Le emergenze, di solito, mettono a dura prova i Governi e non di rado li obbligano a rassegnare le dimissioni, secondo quanto qui pure si dirà meglio più avanti in relazione alla crisi economica esplosa anni addietro; da noi, almeno ad oggi, l'emergenza sanitaria parrebbe avere invece prodotto un effetto di ritrovata unità nazionale attorno ai valori fondanti la Repubblica e, comunque, di ulteriore consolidamento della maggioranza di governo.

¹³ Ho di recente affacciato [in *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2019, 19 giugno 2019, 73 ss.] l'idea che alcune delle vecchie convenzioni costituzionali siano uscite di scena, mentre fatichino ad essere rimpiazzate da nuove. Il punto è che la crisi delle regole della politica finisce con il riflettersi a carico delle stesse regole costituzionali, a motivo del mutuo condizionamento che tra le stesse si intrattiene. Quali poi possano essere gli scenari che potrebbero delinearci qualora questo *trend* dovesse ulteriormente affermarsi, francamente non sono in grado di dire.

¹⁴ Sull'uso di *Internet* fatto dagli organi costituzionali, v., di recente, AA.VV., *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, a cura di D. Chinni, Editoriale Scientifica, Napoli 2019. In generale, su *L'esternazione del pubblico potere*, v., di recente, l'accurato studio monografico di A.I. ARENA, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

¹⁵ Di una "sovranità condivisa" tra Unione e Stati si discorre 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*⁵, Giappichelli, Torino 2019, spec. 15 ss. La tesi dello "Stato senza sovrano" è argomentata, con acuti rilievi, part. da A. SPADARO, in più scritti, tra i quali, spec. *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, cit., e, più di recente, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 2 agosto 2017.

un Paese al quale si vorrebbe fosse riservato un posto di non secondario rilievo in seno alla Comunità internazionale.

Per il primo aspetto può farsi menzione degli sforzi prodotti dai Presidenti della Repubblica man mano succedutisi a presidio della stabilità dei Governi fintantoché provvisti della fiducia delle Camere¹⁶, pur nei mutamenti di formula politica nel frattempo registratisi¹⁷. I lineamenti della forma di governo, con al centro la relazione fiduciaria, così come da tempo messi a punto dalla teoria costituzionale, sono poi chiaramente evidenziati in alcune pronunzie della Corte costituzionale, fatte oggetto di numerosi commenti, tra le quali mi limito qui a richiamare la [n. 7 del 1996](#) e la [1 del 2013](#). Tarda, dunque, a maturare la consapevolezza della necessità di una profonda revisione del modo usuale di guardare alla forma suddetta in ragione del mutato contesto che vede – piaccia o no, è doveroso ammettere – il Governo obbligato a godere, sì, della fiducia delle assemblee elettive ma anche (e, forse, oggi soprattutto) di quella dei *partners* europei¹⁸ e dei mercati internazionali¹⁹. Una “doppia” o “plurima” fiducia che – com’è chiaro – non costituisce la mera integrazione del dettato costituzionale ma il suo sostanziale rifacimento, tant’è che pur di tenere comunque fede agli impegni assunti in ambito sovranazionale le dinamiche d’indirizzo politico hanno in più occasioni profondamente squilibrato la relazione fiduciaria tra Camere e Governo.

Piaccia o no, insomma, dobbiamo ormai prendere atto – a me pare – che l’art. 94 della Carta è stato modificato per effetto del mutato scenario sovranazionale ed internazionale o – se si preferisce altrimenti dire – che richiede di essere fatto oggetto di una significativa reinterpretazione “adeguatrice” alla luce delle novità introdotte in ambito interno passando per la via “larga” aperta dagli artt. 10 e 11²⁰.

Se n’è avuta inequivoca conferma nel momento in cui la crisi economica ha raggiunto dieci anni addietro la sua punta più elevata, tant’è che molti Governi dell’eurozona (tra i quali, come si sa, il nostro) si sono trovati costretti a gettare la spugna, rassegnando le dimissioni²¹.

D’altro canto (e vengo a dire del secondo aspetto), che della fiducia dell’Unione europea non possa comunque farsi a meno si ha testimonianza dagli sforzi in *tandem* prodotti da entrambi i massimi

¹⁶ L’orientamento teleologico in parola appare essere un autentico tratto comune caratterizzante l’azione dei Presidenti, particolarmente di alcuni (come Scalfaro, Napolitano e, da ultimo, Mattarella), pur nella peculiarità degli “stili” propri di ciascun Presidente e dei modi complessivi d’intendere ed incarnare il proprio ruolo.

¹⁷ Non ha avuto fortuna, infatti, la tesi, di cui si sono fatti interpreti accreditati esponenti di alcune forze politiche, secondo la quale in presenza di “ribaltoni” nella composizione dello schieramento di maggioranza sarebbe giustificato (ed anzi imposto) il ritorno alle urne. Più volte – come si sa – è, infatti, accaduto che alcuni parlamentari, impropriamente qualificati nel gergo corrente come “responsabili”, siano passati dall’opposizione a sostegno della maggioranza, pur di evitare la crisi di governo e la conseguente, probabile interruzione anticipata della legislatura.

¹⁸ ... perlomeno fintantoché lo Stato non si determini ad avvalersi della facoltà di recesso, come ha fatto la Gran Bretagna, la cui messa in atto nondimeno appare essere alquanto problematica e sofferta, secondo quanto testimoniato dalla *Brexit*.

¹⁹ Con specifico riguardo a questi ultimi basti solo por mente al rilievo posseduto dalle agenzie di *rating*, le cui valutazioni sono in grado d’incidere pesantemente sulle dinamiche politiche in ambito nazionale ed internazionale.

²⁰ Non torno qui a dire delle forzature interpretative alle quali specialmente quest’ultimo art. è andato soggetto, con il benevolo e risolutivo avallo offerto – come si sa – dalla giurisprudenza, portando all’esito dell’impianto del processo d’integrazione sovranazionale ad oggi in corso. Considero una fortuna che tutto ciò si sia avuto, malgrado il difetto di una *Europaklausel*, alla cui adozione – come si è dietro accennato – si è invece fatto luogo altrove. Ciò non m’impedisce tuttavia di riconoscere che si è trattato di una vera e propria manipolazione di un principio fondamentale e, per ciò stesso, di un “fatto” costituente, ad oggi nondimeno immaturo e la cui evoluzione resta pur sempre incerta. Ed è anzi da mettere in conto – come si è tentato di mostrare altrove – che il processo costituente in parola rimanga sempre *in fieri*, a differenza di ciò che usualmente si ha negli ordinamenti statali, nei quali o riesce a concludersi positivamente, portando all’edificazione di un nuovo ordine costituzionale ovvero miseramente fallisce, determinando pertanto la restaurazione dell’ordine previgente.

²¹ Ne ho trattato nel mio *Art. 94 della Costituzione vivente: “Il Governo deve avere la fiducia dei mercati” (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in [Federalismi.it](#), 23/2011, 30 novembre 2011, dal quale, volendo, possono aversi maggiori ragguagli a riguardo del pensiero ora enunciato nel testo. Sulla vicenda, v., poi, gli scritti richiamati da G. COMAZZETTO, *Costituzione, economia, finanza. Appunti sul diritto costituzionale della crisi*, in [Rivista AIC](#), 4/2019, 31 ottobre 2019, 16 s., in nt. 10.

garanti del sistema al fine di preservarla *costi quel che costi*, offrendo così un generoso puntello all'operato, per vero assai discutibile, degli organi d'indirizzo politico in taluni, gravi frangenti.

Rammento al riguardo la travagliata vicenda che ha portato alla nascita del I Governo Conte, preceduta – come si sa – dalla ferma opposizione del Presidente della Repubblica alla nomina di Savona quale Ministro dell'economia proprio per i riflessi che avrebbero potuto aversene al piano delle relazioni con gli altri Paesi membri dell'Unione e con quest'ultima²². E rammento ancora la vicenda nel corso della quale è maturata l'approvazione della legge di bilancio nel dicembre 2018, avutasi in palese disprezzo delle regole (costituzionali e non) riguardanti il procedimento legislativo, senza che né il Capo dello Stato né la Corte costituzionale, prontamente adita da parlamentari dell'opposizione del tempo, si fossero opposti alla violazione in parola, cui anzi hanno offerto il loro sollecito e generoso avallo. Per vero, come si ricorderà, nella circostanza, la Corte ha dichiarato ([sent. n. 17 del 2019](#)) che il ricorso del parlamentare *uti singulus* in sede di conflitto interorganico può, sì, aversi ma unicamente nel caso che la menomazione della sua sfera di competenze costituzionalmente stabilita risulti vistosa; e molti di noi hanno fatto notare come sia alquanto disagiata immaginare che possano darsi scostamenti dai canoni costituzionali maggiormente evidenti di quello registratosi in occasione del varo della legge di bilancio per il 2019²³.

²² Sulla vicenda, fatta oggetto di una nutrita schiera di commenti di vario segno, tra gli altri, v. 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; M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 3 luglio 2019, 360 ss.; A. D'ANDREA, *La pervasiva vischiosità della politica italiana: la contraddizione costituzionale del Governo del “cambiamento” e il suo superamento*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2019, 1 ottobre 2019, spec. 23 ss.

²³ Tra le numerose annotazioni alla decisione della Corte, 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 scorso, 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., e, dello stesso, *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; M. ARMANNI, *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 159 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; R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, 3/2019, 1915 ss.; F. GABRIELE, *La “politica” dei ricorrenti e quella (“a tutto campo”) della Corte. Un recente conflitto di attribuzione “intra-potere” legislativo dichiarato inammissibile (Corte cost., ord. n. 17 del 2019)*, in *Lo Stato*, 13/2019, 55 ss. Hanno dato seguito ai criteri introdotti dalla pronuncia in parola le [ordd. nn. 274 e 275 del 2019](#), annotate, tra gli altri, da C.P. GUARINI, *La Corte costituzionale ancora su conflitti tra poteri sollevati da singoli parlamentari tra conferme e prospettive di sviluppo (a margine delle ordinanze nn. 274 e 275*

Il vero è che si è qui avuta lampante riprova che il fine – a quanto pare – giustifica il mezzo: come dire, *salus rei publicae suprema lex esto*.

Il punto è di particolare interesse e mostra l'uso – come si diceva – altalenante fattosi della Costituzione da parte dei suoi massimi garanti: ora ligi alla lettera del dettato costituzionale, del quale si confermano essere zelanti e tenaci custodi (come a riguardo della relazione fiduciaria, *ex art.* 94), ora invece disponibili a darne flessibili interpretazioni o, diciamo pure, a mettere il dettato stesso, sia pure *ob torto collo*, da canto in nome di pressanti interessi facenti capo all'intera collettività nazionale, tra i quali – come si è veduto – cruciale rilievo è assegnato a quelli relativi al versante delle relazioni in seno all'Unione e alla Comunità internazionale.

Sta di fatto, ad ogni buon conto, che né il contesto politico-istituzionale né lo sviluppo scientifico e tecnologico sembrano – come si diceva – lasciare segni marcati nella elaborazione teorica avente ad oggetto il diritto costituzionale vivente. Malgrado la sovranità dello Stato risulti in significativa misura contratta a fronte dei vincoli provenienti *ab extra*, fattisi stringenti particolarmente in relazione alla gestione delle emergenze suddette, continuano infatti a riprodursi antichi schemi nei quali le dinamiche del potere – al piano dei rapporti tra comunità governata e apparato governante, come pure a quello dei rapporti interni a quest'ultimo – sono rappresentate allo stesso modo di un tempo, quali cioè vengono a svolgersi nel “chiuso” dell'ordinamento statale. Eppure – come pure si è veduto – le decisioni adottate dai garanti risentono in rilevante misura dei condizionamenti venuti *ab extra*. *Gli schemi, insomma, rimangono quelli del passato ma le soluzioni di merito debordano dagli stessi, sotto la spinta di congiunturali, particolarmente pressanti interessi.*

In questo quadro, qui molto sommariamente abbozzato, appare viepiù emarginato, mortificato, il ruolo dell'organo che dà il nome alla forma di governo. Sappiamo che versa da tempo in una condizione di palese e grave sofferenza, nella quale si specchia quella crisi della rappresentanza politica su cui si sono versati (e seguitano senza sosta a versarsi) fiumi d'inchiostro²⁴. Da qualche

del 2019), e F. FABRIZZI, *Le ord. 274 e 275/2019 su conflitti di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevati da singoli parlamentari*. Dialogando con l'ord. 17/2019, entrambi in *Osservatorio AIC*, 2/2020, 3 marzo 2020. Cfr., infine, sul tema, in prospettiva comparata, il *paper* del Servizio studi della Corte costituzionale, a cura di P. Passaglia, con contributi di C. Guerrero Picó, M.T. Rörig, C. Torrisci, dal titolo *Irregolarità nel procedimento legislativo e potere di ricorso alla giurisdizione costituzionale da parte delle minoranze parlamentari*, al [sito della Corte costituzionale](#), gennaio 2019.

²⁴ ... tant'è che è invero persino banale dover qui ulteriormente insistere a rilevarla. Mi limito, dunque, solo ad un rinvio, tra i numerosi scritti più recenti sul tema, a 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, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, cit., 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*, cit.; 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, 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.; C.F. FERRAJOLI, *Le Camere non discutono più. Crisi del dibattito parlamentare e irresponsabilità politica degli organi rappresentativi*, in *Lo Stato*, 13/2019, 11 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.; v., inoltre, il fasc. 3/2019 di *Dir. cost.*, dedicato a *I partiti politici*, a cura di S. Curreri, e G.

anno a questa parte, però, il morbo che affligge il Parlamento ha assunto forme particolarmente vistose, giovandosi nella sua incontrollata espansione e diffusione del supporto offertole dalla sviluppo scientifico e tecnologico. Ciò che, poi, maggiormente inquieta è la circostanza per cui si brancola nel buio per ciò che attiene ai rimedi idonei ad essere messi efficacemente in atto allo scopo di arginare in una qualche misura questa deriva che parrebbe inarrestabile, se non pure di porvi fine del tutto.

Per l'aspetto ora considerato, pratiche degli organi supremi di garanzia volte ad offrire generoso puntello alle deviazioni dal solco costituzionale degli organi d'indirizzo politico, seppur dettate dai più nobili ed apprezzabili intenti, possono purtroppo strumentalmente prestarsi al reiterarsi delle violazioni stesse, testimoniando le difficoltà della Carta a farsi adeguatamente valere.

Il vero è che il contesto politico-istituzionale, unitamente alle risorse apprestate dalla scienza, porta sempre di più – come si vedrà meglio sul finire di questa riflessione – a far scemare la *forza normativa* della Costituzione, la sua capacità cioè di dare un orientamento, se non pure un ordine, a dinamiche degli operatori da essa vistosamente devianti, al punto di rendersi assai problematico tener ferma l'idea che il nostro sia ancora al presente (e possa seguitare ad essere) uno Stato autenticamente costituzionale, sia pure in un'accezione profondamente rinnovata rispetto ad un passato anche recente²⁵.

3. Il sostanziale rinnovamento teorico, di cui si ha riscontro in dottrina come pure in giurisprudenza, avente ad oggetto i diritti fondamentali, nondimeno gravato da alcune persistenti aporie di costruzione (specificamente per ciò che attiene ai rapporti tra la nostra e le altre Carte dei diritti), e il rilievo della comparazione giuridica al fine di cogliere e salvaguardare l'essenza della identità costituzionale, assiologicamente connotata

A differenza degli schemi utilizzati con riguardo alle dinamiche dell'organizzazione, quelli relativi alla parte sostantiva della Carta (e, segnatamente, ai diritti) risultano in considerevole misura svecchiati e si presentano largamente debitori sia dei mutamenti di contesto e sia pure degli sviluppi della scienza e della tecnologia. Perdurano, per vero, non rimosse carenze ed oscillazioni, delle quali si hanno plurime testimonianze nella giurisprudenza costituzionale, da cui traspare il peso esercitato da una pur nobile tradizione teorica, nondimeno oggi non più riproponibile, perlomeno negli stessi termini del passato.

L'apertura dell'ordine interno al diritto sovranazionale ed internazionale, del quale si diceva in relazione alle dinamiche dell'organizzazione, ha le sue più salienti espressioni al piano del

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, 57 ss.; R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo e riforme costituzionali*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 789 ss.; M. PANEBIANCO, *Aggiornamenti in tema di democrazia rappresentativa*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 8 gennaio 2020, 42 ss. Della "cattiva politica" tratta ora G. GEMMA, *Antipartitismo e qualità della politica*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 297 ss. V., inoltre, i contributi alla tavola rotonda su *Rappresentanza politica e mandato imperativo*, svoltasi presso l'Università di Napoli "Federico II" il 14 ottobre 2019, di G. FERRINA CERONI, *Restituire lo scettro agli elettori: la sovranità popolare tra realtà e dover essere*; B. GUASTAFERRO, *Rappresentanza politica e mandato imperativo: riflessioni sull'elemento territoriale*, e D. MONE, *Crisi della rappresentanza politica e della democrazia parlamentare: il recall non sembra la soluzione*, tutti in [Osservatorio AIC](#), 1/2020, 7 gennaio 2020, rispettivamente, 122 ss., 165 ss. e 178 ss., nonché, pure *ivi*, F. LANCHESTER, *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, 4 febbraio 2020, 106 ss., e M. BELLETTI, *La crisi della rappresentanza alla base della crisi del divieto di vincolo di mandato*, 142 ss. Infine, I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 1/2020, 11 febbraio 2020, 198 ss.

²⁵ Sui tratti maggiormente salienti dello Stato costituzionale e sui loro possibili sviluppi, v., tra gli altri, 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, nonché, se si vuole, il mio *Lo Stato costituzionale e le sue "mutazioni genetiche"*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 837 ss.

riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali che dall'apertura stessa hanno tratto il maggior beneficio²⁶.

Il dato più saliente, ad oggi tuttavia non tenuto nel dovuto conto dalla teoria costituzionale, è costituito dalla perdita del monopolio, un tempo indiscusso, della Costituzione quale documento idoneo a dare il riconoscimento dei diritti fondamentali. Una qualità, questa, che la Costituzione oggi condivide con altri documenti essi pure – per riprendere una formula presente in una pur discussa (e discutibile) pronunzia della Corte costituzionale, [la n. 269 del 2017](#), con riguardo alla Carta di Nizza-Strasburgo²⁷ – “tipicamente” (*rectius, materialmente*) costituzionali, tra i quali, oltre alla Carta dell'Unione, uno speciale rilievo è da assegnare alla CEDU (ma anche alla Carta sociale europea e ad altre Carte ancora).

La giurisprudenza costituzionale ha da tempo preso atto di questa realtà; seguita tuttavia a riproporre, a mia opinione sempre più stancamente e con assai dubbia coerenza con se stessa, alcuni schemi teorici nei quali prende forma una rappresentazione piramidale delle Carte: quella dell'Unione, al pari di ogni altro documento normativo eurounitario, trovandosi pur sempre soggetta alla osservanza dei principi fondamentali di diritto interno (i c.d. “controlimiti”), ai quali si saldano in modo immediato e diretto le previsioni costituzionali in tema di diritti fondamentali; la CEDU (ed è da pensare ogni altra Carta diversa da quella di Nizza-Strasburgo), invece, in quanto fonte – si dice a partire dalle famose sentenze “gemelle” del 2007 – “subcostituzionale”, sarebbe soggetta alla osservanza di ogni norma costituzionale.

Non torno ora a ripetere, dopo averne detto ripetutamente altrove, gli argomenti che, a mio modo di vedere, si oppongono ad un inquadramento siffatto: è sufficiente, infatti, il richiamo alla qualifica data dallo stesso giudice costituzionale della Carta dell'Unione quale documento “tipicamente costituzionale” (qualifica, come si è veduto, generalizzabile) per avere conferma della impossibilità di fare graduatorie di sorta tra documenti provvisti tutti, in tesi, della medesima natura. Tanto più, poi, improponibile è siffatto schema piramidale sol che si pensi che la stessa Carta di Nizza-Strasburgo richiede – com'è noto – di essere intesa e fatta valere alla luce di quanto stabilisce la CEDU²⁸, salvo il caso che dalla prima possa aversi un'accresciuta tutela per i diritti.

Il vero è che la sistemazione di stampo gerarchico delle Carte ha una sua immediata proiezione nelle relazioni che si intrattengono tra le Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti. Al fondo, la Consulta rivendica per sé una sorta di *primauté* culturale, il diritto cioè a dire l'ultima e risolutiva parola in fatto di riconoscimento e tutela dei diritti²⁹, avvalendosi – se del caso – dell'arma dei “controlimiti”, specificamente lungo il versante dei rapporti con la Carta dell'Unione (e con il diritto eurounitario in genere), ovvero del sindacato accentratore, messo per sistema in atto al fine di far valere la (supposta) sovraordinazione gerarchica a tappeto della Costituzione nei riguardi della CEDU (e delle altre fonti “subcostituzionali”)³⁰.

S'inscrive in questo quadro la svolta segnata dalla già richiamata [sent. 269 del 2017](#), nel senso del marcato “riaccentramento” del sindacato avente ad oggetto le antinomie tra fonti interne e la Carta

²⁶ ... malgrado i sacrifici imposti dalle emergenze cui si è sopra fatto cenno che obbligano a complessi ed impegnativi “bilanciamenti” i cui esiti comportano non poche sofferenze per i diritti (per quelli “sociali”, ovviamente, in special modo ma anche per gli altri, tutti partecipi di uno stesso destino; e, d'altronde, la stessa Carta “novellata” nel 2001 discorre – come si sa – di prestazioni richieste per l'appagamento degli stessi diritti “civili”, come sono tradizionalmente chiamati, ricorrendo ad un'etichetta che, francamente, mi è sempre parsa poco felice).

²⁷ ... e però, a mia opinione, valevole per ogni analogo documento normativo.

²⁸ Come dire che, ambientate le relazioni tra le Carte non già al piano della teoria delle fonti (quanto meno di una d'ispirazione formale-astratta) bensì a quello della teoria della interpretazione, balza agli occhi evidente il ribaltamento dell'ordine sistematico usualmente adottato, con la fonte “paracostituzionale” obbligata ad alimentarsi culturalmente da quella “subcostituzionale”.

²⁹ ... e, per talune questioni, anche la prima, come a riguardo del discusso ordine in cui si pongono la pregiudizialità costituzionale e quella eurounitaria, cui si fa cenno subito di seguito nel testo.

³⁰ Si trascura tuttavia la circostanza per cui possono darsi casi, alla cui illustrazione si è fatto luogo altrove, al cui ricorrere si legittima l'applicazione diretta della Convenzione da parte del giudice, senza che si possa o debba investire la Consulta al fine di avere risolte talune antinomie tra la stessa e norme di diritto interno.

dell'Unione³¹, pur laddove quest'ultima dovesse esprimere norme astrattamente *self executing*, un "riaccentramento" temperato da alcune pronunzie del 2019 (e, segnatamente, la [20](#) e la [63](#)), esse pure fatte oggetto di una nutrita schiera di commenti di vario segno (perlopiù, ad ogni buon conto, di apprezzamento). Ed è sempre nell'orizzonte teorico coltivato dalla Consulta e volto ad accreditare l'immagine di quest'ultima quale interprete privilegiato ed efficace garante dei diritti che si spiega la tendenza, evidente specie in alcune pronunzie recenti riguardanti casi di denuncia di congiunte violazioni di più Carte, a proiettare in primo piano la Costituzione, lasciando sullo sfondo le Carte restanti. Ciò che si è fatto (e si fa) dando la precedenza all'esame dei profili di contrasto coinvolgenti parametri costituzionali e facendo quindi applicazione della tecnica dell'assorbimento dei vizi in relazione al *vulnus* denunciato in relazione ad altre Carte. In tal modo, il giudice costituzionale centra in un sol colpo un duplice obiettivo: rimarca, appunto, la priorità culturale della nostra Carta (e, per ciò, anche di... *se stesso*) ed evita il confronto (e, se del caso, lo scontro) con la giurisprudenza di altre Corti.

Si tratta, però, a mio modo di vedere, di una strategia processuale perdente, di un autentico *boomerang* suscettibile di ritorcersi proprio contro quei diritti la cui tutela sta tanto a cuore al giudice delle leggi. In tal modo, infatti, non si dà modo alle Carte di origine esterna di potersi efficacemente implementare in ambito interno, facendosi valere per il tramite delle decisioni della Consulta alle quali poi – come di consueto – i giudici comuni e l'amministrazione sono tenuti a dare seguito. Una strategia, peraltro, che mette la Corte in contraddizione con se stessa, con la ispirata e risalente (ma non per ciò inattuale) indicazione teorica, di cui a [Corte cost. n. 388 del 1999](#), secondo cui la Costituzione e le altre Carte "si integrano reciprocamente nella interpretazione". Ed è appena il caso qui di evidenziare che l'integrazione in parola richiede espliciti ed argomentati riferimenti al diritto vivente, quale prende forma – per ciò che attiene alle Carte suddette – anche, seppur evidentemente non solo, per bocca delle Corti europee.

Tutto ciò posto, va nondimeno riconosciuto che la giurisprudenza costituzionale, al pari per questo verso di quella comune, non è affatto avara di richiami agli orientamenti delle Corti europee, per quanto essi non di rado appaiano fatti *ad pompam*, a rinforzo cioè di una soluzione del caso che ha comunque quale sua stella polare la Costituzione e che, dunque, sarebbe stata ugualmente raggiungibile anche senza il convergente apporto venuto da altri documenti "tipicamente" costituzionali.

V'è, poi, da tenere conto di un dato al quale sovente non si assegna stranamente il giusto rilievo. Ed è che, nei limiti, peraltro sommariamente delineati, nei quali la Carta dell'Unione può *ratione materiae* farsi valere, attraverso il riferimento alla giurisprudenza eurounitaria, oltre che a quella della Corte di Strasburgo, può aversi riscontro del significato di quelle "tradizioni costituzionali comuni" delle quali la giurisprudenza suddetta, pur dopo la venuta alla luce della Carta di Nizza-Strasburgo, fa utilizzo a beneficio dei diritti³².

³¹ In tema si è avuta un'autentica alluvione di contributi scientifici di vario segno, tra i quali rammento qui solo quelli al Seminario su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, i cui Atti possono vedersi nella [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2019.

³² Riferimenti ed indicazioni sul tema possono aversi da 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.; 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.; 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

D'altro canto (e il punto è di particolare rilievo per la teoria costituzionale), proprio il principio fondamentale di apertura al diritto sovranazionale ed internazionale, di cui agli artt. 10 ed 11 nel loro fare “sistema” con gli artt. 2 e 3 della nostra Carta, non semplicemente *autorizza* ma più ancora *impone* di fare proficuo utilizzo, nella soluzione del caso, di *ogni* materiale normativo – quale che ne sia la provenienza o la forma – vigente in ambito interno ed idoneo a dare appagamento ai diritti, anzi a darvi l’ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto. Si dà – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – una sorta di “metaprincipio” che presiede alle relazioni tra le Carte (e le Corti), ne dà l’orientamento e ne segna gli svolgimenti, ed è appunto quello della ricerca della massima salvaguardia possibile dei diritti (e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti)³³. Restringere o, peggio ancora, chiudere gli spazi per l’affermazione di altre Carte che potrebbero tornare preziose a questo fine è cosa – a me pare – del tutto priva di senso.

Il principio di apertura – si è fatto molte volte notare – è uno dei *nostri* principi fondamentali. È ovvio che esso pure partecipa con i principi fondamentali restanti ad un “gioco” senza fine, governato nelle sue concrete movenze dal “metaprincipio” suddetto; ed è per ciò che l’apertura stessa non è di certo incondizionata, arrestandosi ogni qual volta la protezione assicurata ai diritti da norme di diritto interno risulti maggiormente appagante di quella che ai medesimi diritti è offerta dai documenti normativi aventi origine esterna. Allo stesso modo, però, l’apertura può (e deve) aversi, persino laddove possano risultarne incisi singoli principi fondamentali, per il caso che agli occhi dell’operatore di turno si presenti innalzato il livello complessivo di tutela dei principi stessi *nel loro insieme*, cioè nel loro fare “sistema” anche nelle loro proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali³⁴.

Ora, al fine di far valere a modo il principio di apertura e, perciò, di stabilire un retto raffronto tra il “livello” di tutela raggiunto in base a questa o quella Carta e in forza dell’opera di questa o quella Corte e, soprattutto, di far luogo a quella “integrazione” delle Carte nei fatti interpretativi, cui si faceva poc’anzi cenno, un ruolo di centrale rilievo acquista la comparazione giuridica, pur nelle note difficoltà ed incertezze che ne accompagnano e segnano gli svolgimenti³⁵.

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*, 31/2018, 11 novembre 2019, 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.; V. RUBINO, *La tutela interordinamentale dei diritti fondamentali dopo la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale italiana: quali ricadute nello spazio economico e giuridico europeo?*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1-2/2019, 123 ss., spec. 134 ss.

³³ Particolarmente accesa – come si sa – appare essere la *querelle* circa il modo di operare del “metaprincipio” in parola e, prima ancora, a riguardo della sua stessa esistenza, da un’accreditata dottrina revocata in dubbio [il riferimento è, ovviamente, particolarmente a R. BIN, che ne ha trattato a più riprese, part. 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., e, ora, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, nonché nell’intervista su *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia insieme*, 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, 1 ss.; contrario il mio punto di vista, più volte rappresentato: ad es., nell’intervista ora cit., in *op. et loc. ult. cit.*, e in *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in questa *Rivista, Studi*, 2019/III, 707 ss., spec. 714 in nt. 30].

³⁴ I “controlimiti”, dunque, come mi affanno a dire da tempo, non esistono *per sistema*, come categoria valevole al piano teorico-astratto, dovendosi piuttosto verificare caso per caso se essi entrino in gioco o no, alla luce del “metaprincipio” di massimo *standard* della tutela. Cfr. al modo d’intendere e far valere i “controlimiti” nel quale mi riconosco e che è qui pure in estrema sintesi rappresentato quello che si ha nell’accurato studio di S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, dov’è una interessante proposta ricostruttiva, accompagnata dal richiamo di altre largamente diffuse.

³⁵ ... specie in relazione alle questioni di biodiritto, ad alcune delle quali di qui breve si farà riferimento (notazioni di ordine generale, di recente, in R. SCARCIGLIA, *Scienza della complessità e comparazione giuridica nell’età dell’asimmetria*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 701 ss.).

Se n'è discusso, ancora non molto tempo addietro, in occasione della Giornata di studio in tema di rapporti tra il diritto c.d. "politico" e il diritto giurisprudenziale, dietro già richiamata, facendosi notare – ed è un punto sul quale, dal mio canto, da tempo convergo³⁶ – che la comparazione è strumento di conoscenza e di affermazione della identità costituzionale³⁷; e lo è per la elementare ragione che è proprio così che il principio di apertura acquista teorico e pratico senso e la Costituzione può farsi valere nella sua interezza, nel suo essere e farsi "sistema" che incessantemente si rinnova in ragione dei casi permanendo nondimeno sempre identico a sé, un sistema appunto risultante dall'armonico equilibrio tra *tutti* i suoi principi fondamentali.

4. Il centrale rilievo della scienza e della tecnologia nella "invenzione" di nuovi diritti fondamentali, il mutuo sussidio che scienza e Costituzione si danno, i limiti di ordine etico-giuridico ai quali la prima è soggetta, a presidio della dignità della persona umana, testimoniati l'uno e gli altri da alcune discusse vicende processuali in tema d'inizio e fine-vita

Come si diceva, le Carte dei diritti si combinano variamente in ragione dei casi, ciascuna essendo sollecitata a dare il meglio di sé al servizio dei diritti, senza alcuna aprioristica graduatoria su basi di formale fattura: la graduatoria infatti la fanno i casi, non già però tra le *fonti* – come comunemente si pensa – bensì tra le *norme*, per l'attitudine dimostrata in concreto di potersi far valere a beneficio dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, vale a dire per l'attitudine a fissare il più in alto possibile il punto di sintesi tra i beni della vita evocati in campo dai casi.

Ora, in occasione della messa in atto delle operazioni richieste per la soluzione dei casi la scienza gioca – specie, come si diceva, in relazione a taluni diritti ad essa particolarmente sensibili – un ruolo di prima grandezza. Lo fa, in primo luogo, in ordine alla genesi e maturazione, il più delle volte lenta e non poco sofferta, di un nuovo diritto, dapprima in seno al corpo sociale e quindi nelle pratiche giuridiche volte a darvi il riconoscimento e la tutela. Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, un diritto fondamentale è un bisogno elementare dell'uomo diffusamente avvertito e radicato negli strati più profondi del corpo sociale. Tocca quindi al diritto disvelarlo, metterlo a fuoco come si conviene, apprestarvi la opportuna tutela.

Le esperienze di cruciale rilievo per la esistenza umana, la nascita e la morte, sono marcatamente segnate dallo sviluppo della scienza e della tecnologia e si offrono quale banco di prova illuminante a riguardo del modo con cui si pone la scienza davanti alla Costituzione e questa in rapporto con quella³⁸. In occasione del loro svolgimento, infatti, per un verso, si ha conferma che i prodotti della scienza presentano la qualità di potersi immettere nel "contenitore" costituzionale riplasmandolo incessantemente dall'interno, la qualità insomma di potersi fare diritto costituzionale, proprio in alcune delle sue più genuine e rilevanti espressioni. Allo stesso tempo, però, come si vedrà, si ha altresì conferma dei limiti ai quali la scienza va incontro in siffatta opera di rielaborazione dei diritti, tant'è che in talune congiunture la scienza è costretta a fermarsi per lasciare quindi libero il campo a soluzioni frutto di discrezionale apprezzamento del legislatore.

³⁶ Raguagli possono, volendo, aversi dai 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](#), 9 aprile 2016; *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.; *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 31 dicembre 2018, e, da ultimo, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in [Diritti Comparati](#), 1/2020, 5 gennaio 2020.

³⁷ Ha particolarmente insistito, con opportuni rilievi, sul punto V. BARSOTTI, nel suo intervento introduttivo ai lavori della quinta sessione dedicata a *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica* nell'ambito della Giornata in ricordo di A. Pizzorusso su *Il diritto giurisprudenziale*, cit.

³⁸ Numerosi e particolarmente approfonditi al riguardo gli studi monografici di S. AGOSTA, del quale v., ora, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, e *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, entrambi Aracne, Roma 2020.

Per un altro verso, poi, si ha testimonianza del fatto che la Costituzione non attinge parassitariamente dagli esiti delle ricerche scientifiche e dai ritrovati ad esse conseguenti, obbligando quindi la scienza ad orientarsi verso i principi costitutivi dell'etica pubblica repubblicana e, in particolare, a piegarsi davanti al valore "supercostituzionale" – com'è stato chiamato³⁹ – della dignità della persona umana, in nessun caso suscettibile di essere messo a rischio ed inciso dallo svolgimento delle pratiche scientifiche.

Scienza e Costituzione, insomma, sono chiamate a darsi mutuo sussidio, al servizio della persona umana, dov'è il *fine* ed il *confine* di entrambe, nel loro farsi esperienza⁴⁰.

Ebbene, è proprio con riguardo ai rapporti che vengono ad intrattenersi tra l'una e l'altra nelle cruciali esperienze di vita che si coglie ed apprezza il modo (ed anzi, come subito si dirà, i modi) con cui il giudice delle leggi intende la Costituzione, la sua forza normativa, i limiti della stessa.

Assai istruttivo al riguardo l'esame di alcune pronunzie relative ad esperienze d'inizio-vita messe a raffronto con il più recente punto di vista manifestato in tema di fine-vita.

Non ne illustrerò ora punto per punto i contenuti, peraltro assai noti, limitandomi a fermare l'attenzione unicamente su taluni passaggi argomentativi di speciale rilievo ai fini del discorso che vado ora facendo.

In [Corte cost. n. 84 del 2016](#), con riferimento alla vessata questione della destinazione degli embrioni crioconservati alla ricerca scientifica, la Corte si libera pilatescamente e sbrigativamente della spinosa questione rilevando che, ogni qual volta – come qui – la scienza appaia al proprio interno divisa, la Costituzione è, in buona sostanza, obbligata a restare "muta" e non consente, perciò, di sciogliere il dubbio né in un senso né nell'altro⁴¹. Allo stesso tempo, tuttavia, il silenzio della Carta non soltanto non impedisce al legislatore di apprestare, nei limiti consueti della ragionevolezza, la soluzione giudicata maggiormente opportuna ma anzi lo sollecita a farlo. Il divieto, dunque, al riguardo stabilito dalla legge 40 del 2004 può, se ritenuto conveniente, essere mantenuto ma sarebbe ugualmente consentito optare per la soluzione opposta⁴².

Non entro volutamente nel merito della questione, della quale si è ampiamente discusso in più sedi⁴³. Il dato di maggior rilievo è qui costituito dal riconoscimento del bisogno della Carta di alimentarsi dalle indicazioni sia pur relativamente certe della scienza che perciò, ove si diano, si fanno – come si diceva – diritto costituzionale, mentre per il caso che facciano ancora difetto "devitalizzano" in buona sostanza la legge fondamentale della Repubblica della propria forza. In fatto di questioni scientificamente sensibili, insomma, la Costituzione – a quanto pare – non può che parlare con la stessa voce della scienza.

Singolare, nondimeno, appare il via libera dato al legislatore, proprio per il fatto che la scienza non è ancora in grado di stabilire quali rischi – qui di eccezionale rilievo – possano corrersi sia per il caso che una vita nascente venga spenta e sia pure per il caso che non si offra un'opportunità preziosa alla scienza di portarsi avanti utilizzando embrioni che potrebbero non essere mai impiantati né giudicati

³⁹ ... da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

⁴⁰ Sulla centralità della persona umana nella costruzione costituzionale, per tutti v. A. MORELLI, [Il principio personalista nell'era dei populismi](#), in questa [Rivista](#), [Studi](#), 2019/II, 359 ss. e, dello stesso, ora, *Persona e identità personale*, in [BioLaw Journal](#), *Special issue*, 2/2019, 45 ss., e M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza solidarietà e responsabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, nonché, se si vuole, il mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [Federalismi.it](#), 17/2013, 28 agosto 2013.

⁴¹ Al tirar delle somme, tuttavia, l'inammissibilità della questione ridonda nel mantenimento dello *status quo*, alle volte problematicamente superabile per plurime ragioni di ordine politico e di contesto in genere.

⁴² La Corte si vede in ciò incoraggiata dalla Corte EDU che in *Parrillo c. Italia* aveva spianato la via all'apprezzamento discrezionale del legislatore facendo ancora una volta utilizzo della dottrina del margine di apprezzamento.

⁴³ Vari punti di vista al riguardo possono vedersi nei contributi ospitati dal fasc. 2/2016 di [BioLaw Journal](#); altri riferimenti in R. CRISTIANO, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in [Rivista AIC](#), 2/2018, 12 aprile 2018, 1 ss.; S. AGOSTA, *Libertà di ricerca scientifica e parusia della dignità umana (a proposito dei limiti alla sperimentazione sull'embrione)*, in [BioLaw Journal](#), *Special issue*, 2/2019, 469 ss., e, ora, in *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, cit., 70 ss. e 215 ss.; A. SPADARO, *Il "concepito": questo sconosciuto...*, in [BioLaw Journal](#), *Special issue*, 2/2019, 429 ss.

impiantabili⁴⁴, restando dunque condannati a restare in un “limbo” *sine die*⁴⁵, quando non – come purtroppo sovente accade – a finire tra i rifiuti in disprezzo del divieto suddetto⁴⁶.

Sta di fatto che sulle questioni su cui la scienza non ha ancora fatto chiarezza, la Costituzione rimane disarmata, “muta” appunto, risultando spianata la via ad incontrollate e magari – perché no? – affrettate soluzioni legislative adottate “a cielo aperto”, prive cioè della “copertura” apprestata dalla Carta. Ed è interessante notare come su altre questioni esse pure gravate da perduranti incertezze e divisioni tra gli scienziati e prive (perlomeno al momento in cui sono venute a maturazione) di regolazione normativa, quale quella di cui si è avuto riscontro in occasione della vicenda *Englaro*, i giudici non abbiano esitato ad estrarre essi stessi la disciplina mancante desumendola – a loro dire – “a rime obbligate” dalla Carta.

Si aggiunga che sulle questioni ora in esame, così come in generale per ciò che attiene alle vicende in ambito familiare, la giurisprudenza europea fa largo ricorso alla “dottrina” del margine di apprezzamento, in buona sostanza rimettendosi a decisioni liberamente formatesi in ambito statale⁴⁷.

Di contro, quando la scienza è “forte”, parimenti “forte” è di riflesso la Costituzione, della qual cosa peraltro si hanno plurime e convergenti testimonianze in giurisprudenza anche con riguardo a questioni ora non fatte oggetto di esame⁴⁸.

Un atteggiamento in parte analogo a quello registratosi con riguardo al caso di cui alla [sent. 84 del 2016](#) ha, poi, tenuto il giudice costituzionale per ciò che attiene ad un altro divieto posto dalla legge 40, nella parte in cui preclude alle coppie composte da persone dello stesso sesso di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, laddove cioè – come troviamo scritto nella [sent. n. 221 del 2019](#), cui si fa ora riferimento – la infertilità abbia carattere “sociale” o “relazionale”⁴⁹.

⁴⁴ Inquietanti i dati con riferimento al numero degli embrioni crioconservati ora riferiti da S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell’embrione*, cit., 220 s.

⁴⁵ Il divieto di soppressione degli embrioni era già stato stabilito da [Corte cost. n. 229 del 2015](#), in nome della dignità dell’embrione, bisognosa di essere comunque salvaguardata.

⁴⁶ Trascurato è, dunque, nella circostanza, il principio di precauzione, che pure potrebbe essere visto da entrambi gli angoli visuali, facendosi pertanto attrarre da entrambi i corni dell’alternativa suddetta [sul principio in parola, con specifica attenzione alla giurisprudenza costituzionale, v., di recente, G. RAGONE, *Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 157 ss.; inoltre, A. NAPOLITANO, *Riflessioni sul ruolo del principio di precauzione nel processo decisionale delle pubbliche amministrazioni*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/2019, 1 ss.].

⁴⁷ ... come si è veduto poc’anzi, richiamando *Parrillo*, ma v. anche i noti casi *Costa e Pavan c. Italia*, *S.H. ed altri c. Austria*, *Gas e Dubois c. Francia*, ed altri ancora fatti oggetto di una nutrita schiera di commenti [riferimenti alla giurisprudenza europea possono aversi da A. DI STASI, *La nozione di embrione umano nella giurisprudenza delle corti europee*, 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, 51 ss.; pure *ivi*, F. PERRINI, *Il tentativo della Corte europea dei diritti dell’uomo di comporre il contrasto tra scienza e diritto: le principali problematiche sollevate dalla legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, 71 ss.; più di recente, v. F. DEANA, *(In)compatibilità col principio di non discriminazione dei modelli familiari accessibili solo da coppie di un determinato orientamento sessuale*, in [Federalismi.it](#), 4/2020, 19 febbraio 2020, 67 ss., e, nella stessa *Rivista*, I. RIVERA, *Le dimensioni del mestolo. La maternità surrogata tra divieto legislativo e attivismo giudiziario*, 204 ss., spec. 217 ss.].

⁴⁸ ... quale, ad es., quella relativa ai vaccini, quanto meno ad alcuni, la cui somministrazione risulti ormai provato che non comporta controindicazioni di particolare rilievo [in tema, tra gli altri, 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.; L. RAMPA, *Autodeterminazione e coercizione nella legislazione sulle vaccinazioni. Un approccio non giuridico*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 937 ss.; D. CODUTI, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di Stato e forma di governo*, in [Rivista AIC](#), 3/2018, 30 luglio 2018, 605 ss.; P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all’autodeterminazione*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 41 s., e, pure *ivi*, D. MORANA, *Prima e dopo la cura: nuove dimensioni nella tutela della salute*, 399 ss. e, *amplius*, M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, 541 ss.].

⁴⁹ Riferimenti a questa importante decisione ora in F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 211 ss., e S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell’embrione*, cit., 83 ss. e 90 ss.

Ancora una volta l'ombra lunga di Pilato si proietta alla Consulta; e la Corte giudica non irragionevole il divieto della legge, premurandosi di precisare che anche la soluzione opposta, eventualmente adottata, parimenti non risulterebbe affetta dal vizio in parola.

Qui, per vero, non c'è un "silenzio" della scienza (ed è ciò che differenzia i due casi ora a raffronto) ma c'è – come si è veduto – un *nihil obstat* al legislatore perché si determini nel modo giudicato più opportuno. Si dà, nondimeno, un vincolo al quale il legislatore stesso è sollecitato ad attenersi, che merita di essere messo in evidenza; ed è che – fa notare la Corte – il legislatore è pur sempre chiamato a dare voce a bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale o – come a me piace dire – a *consuetudini culturali* di riconoscimento di nuovi diritti fondamentali⁵⁰. Nel caso ora in esame, il divieto – ad avviso della Corte – parrebbe rispettarle, mentre laddove dovesse maturare una diversa coscienza sociale sul punto sarebbe possibile (e, anzi, doveroso) apportare alla disciplina legislativa in vigore le conseguenti innovazioni⁵¹.

A mio modo di vedere, in realtà, già al presente il mutamento in parola potrebbe aversi⁵². D'altronde, lo stesso legislatore ha già preso atto della realtà costituita dalle coppie composte da persone dello stesso sesso, dotandole con la legge n. 76 del 2016 di un regime giuridico "parafamiliare", in larga misura strutturato – come si sa – ad imitazione di quello proprio della "famiglia", nella sua ristretta e propria accezione⁵³. Ed ha a ciò provveduto – non è inutile rimarcare – proprio dietro vigorosa sollecitazione del giudice delle leggi operata con la famosa [sent. n. 138 del 2010](#) (nella quale, nondimeno, si tiene distinta la famiglia da altre formazioni sociali ad essa affini). Ed è allora da chiedersi cosa mai osti a che sia offerta alle coppie omosessuali l'opportunità di veder appagato il loro diritto alla genitorialità, una volta che non risulti provato il temuto disagio psichico al quale potrebbero andare incontro i minori che crescano in un siffatto contesto "familiare" (in senso largo) e che non si oppongano altri interessi meritevoli di tutela e minacciati dall'appagamento in parola. Il diritto alla genitorialità – ha chiarito in più occasioni la Corte – non presenta di certo carattere assoluto ed incondizionato, ma non si vede perché mai debba essere sacrificato laddove non dovesse entrare in rotta di collisione con altri diritti o interessi costituzionalmente protetti⁵⁴. Non a caso, la stessa Corte ha, giustamente, fatto cadere alcuni insensati divieti stabiliti nella 40, assicurando così appagamento al diritto in parola, per il tramite dell'appagamento del diritto all'utilizzo dei ritrovati scientifici e tecnologici nei riguardi del primo serventi⁵⁵. Così, in particolare, con le note [decisioni nn. 151 del 2009](#) (in relazione alla previsione riguardante gli embrioni trasferibili, in numero comunque non superiore a tre e destinati ad un unico e contemporaneo impianto), [162 del 2014](#) (che

⁵⁰ Troviamo infatti scritto nel punto 13.1 del *cons. in dir.* che "Nella specie, peraltro, la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce in subiecta materia, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, *in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata*" (mio il c.vo).

⁵¹ Sul rilievo della coscienza sociale nella giurisprudenza costituzionale, v., di recente, l'ampio studio di A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 4/2019, 523 ss. e 552 ss., con specifico riguardo, ai rapporti di coppia ed alle questioni ad essi inerenti.

⁵² Critico, ma attraverso un percorso argomentativo diverso da quello qui intrapreso, anche S. AGOSTA, *op. et loc. ult. cit.*

⁵³ Perdurano, ad ogni buon conto, alcuni tratti distintivi dell'una rispetto all'altra formazione sociale, con specifico riguardo all'adozione ed al dovere di fedeltà tipicamente gravante sui coniugi [per un quadro di sintesi a riguardo dei diritti e doveri di coppia, v., di recente, M. TRIMARCHI, *Affectio e unitarietà dei doveri di coppia*, in [Jus Civile](#), 3/2019, 257 ss.; quanto al trattamento riservato alle coppie omosessuali, in prospettiva comparata e con specifica attenzione alla giurisprudenza europea, v., poi, nuovamente, F. DEANA, *(In)compatibilità col principio di non discriminazione dei modelli familiari accessibili solo da coppie di un determinato orientamento sessuale*, cit.].

⁵⁴ Si dice infatti in [Corte cost. n. 162 del 2014](#), cui farò subito appresso nuovamente richiamo, che "la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera" (p. 6 del *cons. in dir.*).

⁵⁵ Ha fatto di recente oggetto di studio il "diritto alla scienza", da un angolo visuale assai interessante e promettente ulteriori sviluppi, G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, cit.

ha fatto cadere il divieto di donazione esterna di ovuli o spermatozoi in caso d'infertilità assoluta)⁵⁶ e [96 del 2015](#) (che ha spianato la via alla diagnosi preimpianto per le coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili)⁵⁷.

Laddove, di contro, il diritto alla genitorialità dovesse pregiudicare altri diritti o interessi meritevoli di prioritaria tutela, esso è obbligato a recedere.

È ciò che, appunto, si ha in relazione ad alcune pratiche riproduttive, quale quella della surrogazione di maternità: il divieto di utero in affitto è, infatti, posto a presidio della dignità di tutti i soggetti coinvolti in occasione della messa in atto di siffatta pratica riproduttiva, a partire proprio da quello maggiormente bisognoso di tutela, il bambino venuto alla luce dietro pagamento in denaro. La qual cosa, poi, avvalorata l'idea che, ove la surrogazione stessa dovesse risultare il frutto di un dono, nulla a mio modo di vedere ne impedirebbe l'effettuazione⁵⁸. Il punto è, però, che anche tra parenti stretti, quali madre e figlia o sorelle, nessuna certezza si ha circa il modo con cui l'utero è messo a disposizione, anche se è ragionevole presumere, salva la prova del contrario, la gratuità della prestazione di una persona a beneficio di altra alla stessa legata da vincoli di parentela assai stretti⁵⁹.

⁵⁶ Vi ha dato di recente seguito il D.P.R. n. 131 del 2019 [a commento del quale, ora, S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, in [BioLaw Journal](#), 1/2020, 311 ss.].

⁵⁷ Fermo e dichiarato è l'orientamento del giudice delle leggi nel fare – come si è venuti dicendo – della scienza il punto di riferimento obbligato al fine della soluzione delle questioni di costituzionalità di volta in volta sottopostegli, una soluzione che, dunque, rinviene nella *ragionevolezza scientificamente ispirata* la sua *ratio* immanente e la causa prima di giustificazione. Troviamo, ad es., scritto in [Corte cost. n. 151 del 2009](#) che “la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali” (p. 6.1. del *cons. in dir.*). Sulla decisione in parola e sulle altre sopra richiamate, tutte oggetto di numerosi commenti di vario segno, v., per tutti, C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze 2019, spec. il cap. II, ed *ivi* altresì riferimenti di diritto comparato ed alla giurisprudenza europea.

⁵⁸ V., infatti, quanto se ne dice 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 in A. RUGGERI, *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. V., poi, con vario orientamento AA.VV., *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. Cossiri e G. Di Cosimo, Aracne, Roma 2013; 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.; pure *ivi*, E. LA ROSA, *Surrogazione di maternità e “rischio penale”*, 313 ss.; AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai - E. Olivito, Jovene, Napoli 2017; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria della gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017; S. AGOSTA, *Il perdurante allontanamento tra diritto vivente giurisprudenziale e vigente legislativo sulla surrogazione di maternità (ed i possibili modi di ricongiungimento in una prospettiva costituzionalmente orientata)*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, cit., 231 ss.; A.C. NAZZARO, *Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio)etica della famiglia*, in [Rivista AIC](#), 1/2018, 31 gennaio 2018; nella stessa *Rivista*, M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria della gravidanza*, 12 marzo 2018; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, cit.; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018, nonché, in prospettiva comparata, AA.VV., *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, a cura di L. Chieffi, Mimesis, Milano - Udine 2018; I. RIVERA, *Le dimensioni del mestolo. La maternità surrogata tra divieto legislativo e attivismo giudiziario*, cit.; C. CASELLA, *“Gestazione per altri” e interessi in conflitto*, in [BioLaw Journal](#), 1/2020, 321 ss., spec. 324 ss.

⁵⁹ Altro discorso, tuttavia ora non specificamente interessante, è poi quello relativo alla necessità di tutelare comunque sul piano giuridico i nati da surrogazione di maternità, proprio perché sono i soggetti maggiormente vulnerabili ed esposti, così come d'altronde si ha per i nati da incesti o da atti di violenza, ecc. La questione si è posta – come si sa – con specifico riguardo alla trascrizione in Italia degli atti di nascita fatti all'estero, in merito alla quale, per tutti, v., nuovamente, I. RIVERA, *Le dimensioni del mestolo. La maternità surrogata tra divieto legislativo e attivismo giudiziario*, cit.; in giurisprudenza, v. [Corte cost. n. 237 del 2019](#), nonché il discusso parere della Corte EDU, emesso nell'aprile 2019 in applicazione del prot. 16, nel caso *Menesson*.

L'esempio da ultimo fatto dimostra che, pur laddove la scienza possa rendersi utile per l'appagamento di un bisogno intensamente avvertito, essa va pur sempre incontro – come si diceva – a limiti insuperabili di ordine etico-giuridico, a partire proprio da quello che sta a fondamento di ogni diritto fondamentale, la dignità della persona umana, ponendosi – è stato efficacemente detto da un'accreditata dottrina⁶⁰ – quale la “bilancia” sulla quale si dispongono gli altri beni della vita in vista del loro ottimale bilanciamento.

È interessante poi notare il modo con cui si pongono in rapporto la scienza e la politica, in alcune delle sue più salienti espressioni nel corso delle vicende alle quali si fa ora rapido riferimento.

Si è veduto che nei casi sopra richiamati il giudice costituzionale appare preoccupato (forse, per vero, fin troppo...) di salvaguardare la discrezionalità del legislatore, riconosciuta come meritevole di spiegarsi ed affermarsi entro spazi particolarmente estesi.

Nel caso *Cappato*, il più noto (e discusso) di quelli riguardanti esperienze di fine-vita, la Corte ha invece tenuto un atteggiamento a mia opinione ondivago e, a conti fatti, contraddittorio (una contraddizione che, in realtà, discende dalla peculiare tecnica inaugurata nella circostanza⁶¹): dapprima ha infatti fatto salva la discrezionalità, fissando nondimeno un termine al legislatore, del quale peraltro non è chiaro quale sia il fondamento positivo, per metterla in atto ([ord. n. 207 del 2018](#)); di poi, scaduto inutilmente il termine stesso, ha appiattito e vanificato la discrezionalità stessa, facendo luogo ad una incisiva manipolazione del dettato legislativo operata non già – come usualmente si ha – “a rime obbligate” bensì – potrebbe dirsi – “a rime libere” ([sent. n. 242 del 2019](#)). E lo ha fatto contraddicendo, appunto, la premessa dalla quale la stessa Corte aveva preso le mosse nell'esame del caso, vale a dire che la materia stessa avrebbe richiesto la scelta – perlomeno in relazione ad alcuni punti e nel rispetto delle condizioni stabilite nella pronuncia da ultimo richiamata – tra più possibili soluzioni normative. Insomma, la ord. cit. ammette che *solo* al legislatore è dato di rinvenire la soluzione normativa maggiormente adeguata al caso, mentre la decisione di fine partita, pur sollecitando il legislatore all'intervento, nel frattempo appresta la normativa illegittimamente mancante, in tesi non desumibile in modo meccanico dal dettato costituzionale⁶².

Non si pensi che, in tal modo, si è assistito ad una vittoria del diritto costituzionale sulla politica, in particolare su una politica indolente ed incapace di provvedere a soddisfare diritti costituzionalmente riconosciuti (o, per dir meglio, riconosciuti dalla Corte costituzionale). In realtà, ammesso pure (ma non concesso) che si sia in presenza di un diritto costituzionale a darsi la morte – ché di questo, a conti fatti, si tratta, malgrado le sottigliezze argomentative messe in campo dalla Consulta e dai suoi benevoli *laudatores* –, finalmente appagato grazie al deciso intervento del giudice delle leggi e malgrado la perdurante inerzia del legislatore, resta innegabile lo stravolgimento dei ruoli istituzionali operato nella circostanza. La Corte si è infatti fatta legislatore, pur sollecitando

⁶⁰ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, nel [sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti - AIC](#), 14 marzo 2008.

⁶¹ V., infatti, quanto se ne dice nel mio *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](#), 27 novembre 2019, laddove si fa notare che o la discrezionalità v'è, ed allora non si vede come la Corte reputi di doversi davanti ad essa dapprima arrestare e poi invece di poterla superare, mentre nel caso che non vi sia, non si capisce perché mai non si sia subito fatto luogo alla richiesta addizione normativa “a rime obbligate” a garanzia di un (supposto) diritto costituzionale leso.

⁶² Opportuni rilievi sul punto in G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in [Dirittifondamenti.it](#), 1/2020, 3 marzo 2020, 640 ss. Una diversa (e, a mia opinione, fin troppo indulgente) lettura della vicenda è data da alcuni studiosi, tra i quali, ora, N. COLAIANNI, *La causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio (rectius: dell'assistenza nel morire)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2019, 591 ss., e A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in [Dirittifondamenti.it](#), 1/2010, 11 marzo 2020, 746 ss.; nella stessa *Rivista*, v., poi, F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”?* Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile, 6 marzo 2020, 661 ss.; v., inoltre, utilmente, A. LICASTRO, *L'epilogo giudiziario della vicenda Cappato e il ruolo «sussidiario» del legislatore nella disciplina delle questioni «eticamente sensibili»*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2019, 609 ss., nonché i contributi che sono ora in [BioLaw Journal](#), 1/2020.

quest'ultimo – come si diceva – a riappropriarsi del ruolo che gli compete ed a far luogo ad una compiuta disciplina della materia.

Dunque, *non la vittoria della Costituzione sulla politica si è avuta bensì quella della politica della Corte costituzionale sulla politica del legislatore*. Purtroppo, occorre prendere atto del fatto che, venendo meno una delle due gambe su cui si regge l'edificio costituzionale, secondo la icastica rappresentazione datane nel già ricordato art. 16 della Dichiarazione del 1789, l'edificio stesso crolla: messo da canto senza remora alcuna il principio della separazione dei poteri, neppure i diritti possono avere la tutela che solo tenendo fermo il principio stesso può aversi⁶³.

Può anche apprezzarsi lo sforzo prodotto dalla Consulta al fine di smuovere dal suo annoso letargo il legislatore ma la via tracciata con *Cappato* non sembra idonea – come qui pure si viene dicendo – a condurre alla meta ed è per ciò che occorre mettersi alla ricerca di soluzioni alternative idonee a centrare – nei limiti in cui si renda possibile – un sì ambizioso ed agognato obiettivo⁶⁴.

5. Una succinta riflessione finale, dal punto di vista dei principi di base dell'ordinamento repubblicano

Mutamenti di contesto politico-istituzionale e sviluppi della scienza e della tecnologia hanno lasciato e seguitano senza sosta a lasciare – come la sommaria analisi qui svolta ha mostrato – un segno marcato sul corpo costituzionale. Al piano delle più diffuse ed accreditate ricostruzioni teoriche, tuttavia, si riscontra una maggiore vischiosità e una capacità di resistenza degli schemi ereditati dalla tradizione con riguardo all'organizzazione, a differenza di quelli aventi ad oggetto la parte sostantiva della Carta (e, segnatamente, i diritti), profondamente svecchiati ed adeguati ad una realtà connotata da una pluralità di documenti materialmente costituzionali, nei quali si dà riconoscimento e tutela dei diritti, e dal proliferare di nuovi diritti scientificamente sensibili.

⁶³ Ho più volte sollecitato a riflettere su quest'autentico ossimoro costituzionale di giurisprudenziale fattura, l'unica tutela ammissibile dei diritti essendo quella che si ha nel rispetto dei ruoli istituzionali per come tipizzati nella Carta [ad es., di recente, in [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., e, nella stessa *Rivista, Rischi d'involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, 3/2019, 8 novembre 2019, 628 ss., spec. 638 ss.]. Di diverso avviso si è ora dichiarato A. MORELLI, nello scritto da ultimo richiamato, a cui opinione il principio suddetto sarebbe passibile di bilanciamento con quello della dignità della persona, davanti al quale sarebbe obbligato a recedere. A me pare, però, che il mantenimento della tipizzazione dei ruoli istituzionali sia una precondizione indisponibile per il lineare esercizio delle funzioni, dunque anche per l'attività di bilanciamento ricorrente nelle esperienze della giustizia costituzionale. La Corte, insomma, non può “bilanciare”... *se stessa*, la propria natura di giudice, sia pure del tutto peculiare, con quella di decisore politico, commutandosi a conti fatti in quest'ultimo: se la “bilancia” è taroccata dal venditore, l'acquirente non acquista la merce giusta, quella effettivamente pagata, quando non rischia di avere cattiva merce...

⁶⁴ Inviterei poi alla cautela prima di accedere all'ordine d'idee (nel quale ora si dispone A. MORELLI, nello scritto sopra cit.) favorevole ad innovazioni al sistema di giustizia costituzionale, di cui – come si sa – da tempo si discute e per la cui introduzione anch'io mi sono anni addietro dichiarato (ma in un contesto politico-istituzionale assai diverso da quello odierno), quale quella relativa al *dissent* o al ricorso diretto alla Consulta: tutte novità nel segno della “democratizzazione” del sistema stesso ma delle quali non mi nascondo i gravi inconvenienti ai quali nella presente congiuntura possono dar vita [ragguagli sul punto, se si vuole, nel mio *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in [Giustizia insieme](#), 24 gennaio 2020]. Piuttosto, potrebbe forse riprendersi in esame la proposta affacciata da una sensibile dottrina (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*, cit., 87 ss.) di battere la via che porta a riconoscere la risarcibilità del danno causato dal mancato intervento legislativo, secondo quanto peraltro si ha anche in ambito sovranazionale per il tramite del ricorso in carenza. Una proposta nei cui riguardi mi sono altrove dichiarato favorevole, sempre che si dimostri che il danno consegua in modo diretto, immediato e non altrimenti evitabile dall'omissione [di recente, v. il mio *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 24 gennaio 2020, 207 e ivi, in nt. 25, altri riferimenti]. Ha quindi sposato con ulteriori argomenti questa soluzione C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, cit., spec. 156 ss.

Sarebbe tuttavia un grave errore riassumere questo stato complessivo di cose assumendo che il mantenimento degli antichi schemi per la parte organizzativa testimoni il perdurante vigore della forza normativa della Carta, mentre il corposo aggiornamento degli stessi quanto alla parte sostantiva, senza che si sia avuta una formale revisione della Carta, equivalga ad un calo vistoso della forza stessa.

Il vero è che – ed occorre prenderne atto con disincanto – lo scarto tra la Costituzione vigente e quella vivente è marcato per l'intero corpo costituzionale⁶⁵, mentre la teoria fatica ad ammetterlo ed a far luogo ad una profonda riconsiderazione di alcune delle sue più salienti espressioni.

Riguardando a questa complessiva vicenda dall'angolo visuale, come sempre particolarmente illuminante, dei principi fondamentali, nei quali – come si sa – si rinviene il cuore pulsante della Costituzione, il giudizio finale appare internamente articolato ed incerto sia che si abbia riguardo alle novità riportabili al mutato contesto politico-istituzionale e sia pure che si guardi specificamente al rapporto tra scienza e Costituzione.

Si considerino, ad es., i principi fondamentali di democrazia, libertà, eguaglianza con i quali si apre il libro costituzionale e nei quali emblematicamente si compendia ed esprime la frattura che separa il nuovo ordine repubblicano rispetto al passato regime autoritario.

Ebbene, per un verso, come si è veduto, la sovranità non si esaurisce unicamente nelle sue espressioni al piano dei rapporti tra la comunità governata e l'apparato governante in ambito interno, presentandosi – come si diceva – spartita con l'Unione europea e soggetta a vincoli viepiù gravosi discendenti dalla Comunità internazionale.

Per un altro verso, gli spazi riconosciuti a cittadini e non per l'affermazione della loro personalità, specie attraverso il riconoscimento di nuovi diritti e il più efficace, compiuto, appagamento dei vecchi, si sono col tempo particolarmente estesi e vanno sempre di più estendendosi sia grazie a quella condivisione della sovranità, di cui si diceva, e sia pure per effetto dello sviluppo a ritmi incalzanti della scienza e della tecnologia che apprestano risorse dapprima inimmaginabili.

La sovranità soggettivamente intesa dello Stato, dunque, appare essere viepiù contratta; la "sovranità dei valori" – come l'ha icasticamente qualificata un'accreditata dottrina⁶⁶ – invece ne esce rinvigorita ed esaltata; quanto meno, così è da dire in via di principio, dovendosene poi avere conferma dalle singole esperienze riguardanti i diritti e da tutte riconsiderate nel loro insieme.

Ed a quest'ultimo riguardo, non esito a dire che, pur negli eccessi ovvero nelle carenze che scandiscono ed accompagnano gli svolgimenti del "dialogo" intergiurisprudenziale, gravati alle volte da preorientamenti di coloro che vi fanno luogo nell'affannosa ricerca di una *primaauté* d'impossibile realizzazione⁶⁷, dal dialogo stesso sono ad ogni buon conto venuti (e seguitano a venire) frutti copiosi

⁶⁵ Basti solo por mente alle consistenti e diffuse modifiche tacite della Carta, tanto nella sua originaria versione quanto con riferimento ad alcune sue consistenti innovazioni operate con le procedure dell'art. 138, tra le quali principalmente quella avutasi nel 2001 con oggetto il Titolo V della Parte II (se n'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).

⁶⁶ Il riferimento è alla nota teorizzazione di G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., sul cui pensiero v., tra gli altri, L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLOSI, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 519 ss. e, pure *ivi*, II, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.; A. MORRONE, *Sovranità*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 2 agosto 2017, 92 s., e, pure *ivi*, C. SALAZAR, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, 8, e A. SPADARO, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, cit., 2 s. Infine, O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Mimesis, Milano-Udine 2019, spec. 310 ss.

⁶⁷ Non entro nel merito delle critiche da più parti avanzate nei riguardi delle soluzioni di merito patrocinate da questa o quella Corte, *siano o no fondate*; mi limito solo a rinnovare, ancora una volta il mio fermo convincimento a riguardo della bontà del metodo del "dialogo" in quanto tale, del quale può farsi lineare e corretta applicazione alla sola condizione che ciascun operatore di giustizia (nazionale e non, costituzionale o comune che sia) si disponga con animo non preconcepito alla ricerca della soluzione maggiormente adeguata alle complessive esigenze del caso, all'insegna del

e succosi, a beneficio dei diritti e, riassuntivamente, della dignità della persona umana⁶⁸. La scienza, dal suo canto, ha dato – come i pur scarni ma istruttivi esempi addotti hanno mostrato – un apporto di prima grandezza sia alla nascita di nuovi diritti e sia pure all'appagamento dei vecchi. La scienza appresta però anche strumenti che possono recare *vulnera* profondi, non rimarginabili, ai diritti e, *in primis*, alla dignità, specie laddove l'utilizzo degli strumenti stessi non dovesse risultare saldamente legato agli elementi costitutivi dell'etica pubblica repubblicana. La Costituzione, infatti, come si è veduto, è, allo stesso tempo, *scientificamente condizionata e condizionante*, alimentandosi, sì, per una parte, dalla scienza ma anche orientandone gli sviluppi ed arrestandone le espressioni lesive della dignità della persona.

Il mantenimento di quest'equilibrio, costantemente precario ma bisognoso di essere salvaguardato ad ogni costo, è la grande scommessa dello Stato costituzionale e della teoria che lo ha ad oggetto e che da esso prende il nome.

“metapprincipio” del loro ottimale appagamento. Le singole decisioni, dunque, possono di certo criticarsi, anche in modo radicale (e, per la mia parte, non mi sono sottratto, quando me n'è capitata l'occasione, a farlo); il metodo, però, resta.

⁶⁸ Riferimenti ed indicazioni possono aversi dai numerosi studi al tema dedicati da R.G. CONTI, e spec., in forma organica, da *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo dei giudici di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; v., inoltre, *ex plurimis*, i contributi che sono in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio - R. Foglia, Giuffrè, Milano 2013; AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge – Antwerp - Portland 2013; AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit.; AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit.; AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Efficacia ed effettività*, a cura di V. Piccone - O. Pollicino, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, più di recente, da *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, a cura di R. Romboli - A. Ruggeri, Giappichelli, Torino 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.; S. MANGIAMELI, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo e le funzioni nazionali*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 10 febbraio 2020, 386 ss.

**Pasquale Costanzo,
Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0***

ABSTRACT: *Within the framework of the measures imposed by the epidemic crisis, the Constitutional Court proposes, on the one hand, not to stop his work and, on the other, to implement it with the due cautions. The opportunity is proving to be propitious for the modernization of the constitutional process by means of the telematic technologies.*

1. Il [decreto della Presidente della Corte costituzionale del 24 marzo u.s.](#), per le rilevanti e forse anche storiche novità che presenta, merita senz'altro un commento, anche se sommario e a prima lettura.

Intanto, esso fa seguito al [decreto del 12 marzo precedente](#), emesso per fronteggiare, per quanto di ragione, l'emergenza epidemiologica, con cui la Presidente si riservava già l'adozione di ulteriori provvedimenti e l'eventuale valutazione dell'applicabilità ai procedimenti di sua competenza delle disposizioni in materia di giustizia amministrativa, contenute nell'art. 3 del decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11 (*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*), nei limiti di compatibilità con le regole processuali del giudizio.

2. Tuttavia, tra i provvedimenti immediati, emergeva subito l'autorizzazione (in deroga agli artt. 6 e 10 delle [Norme integrative](#) per i giudizi davanti alla Corte costituzionale) alle parti, sino a nuovo avviso, ad effettuare il deposito di atti e memorie, anche mediante trasmissione degli stessi in formato elettronico a mezzo di posta elettronica certificata (PEC), ad apposito indirizzo dedicato della Cancelleria della Corte. Del resto, il rinvio dianzi citato al d.l. n. 11 del 2020 non avrebbe potuto di per sé sortire questo primo effetto a causa delle diverse fattispecie ivi regolate, laddove, d'altro canto, com'è noto, il processo ordinario e quelli davanti ai giudici amministrativi e contabili erano già stati impostati sulle modalità del cd. processo telematico quanto agli adempimenti processuali.

In quest'ultimo senso, anzi, la procedura prevista nell'ambito della giustizia amministrativa non soffre eccezioni all'obbligo del deposito telematico, riguardando tutti gli atti, compreso quello introduttivo del giudizio e tutti i possibili soggetti del processo, a partire dagli stessi giudicanti. Ciò che consente di segnalare come, invece, a mente del predetto [decreto del 12 marzo](#), sono stati esclusi dalle modalità telematiche gli atti di promovimento di nuovi giudizi, da notificarsi e depositarsi, dunque, secondo le regole ordinarie. La regola risulta ribadita, peraltro, nel [decreto in commento](#) per cui resta fermo quanto già disposto in merito al deposito di atti e memorie anche mediante invio a mezzo PEC.

Sulle ragioni di tale eccezione è lecito interrogarsi e probabilmente esse vanno rinvenute non certo in una preconcepita ostilità all'uso del mezzo telematico indiscriminatamente fin dal primo atto del giudizio, ma nella maggiore delicatezza degli adempimenti introduttivi (addirittura secondo l'art. 28 delle [N.I.](#) per il deposito dei ricorsi in via principale e per conflitto di attribuzioni può essere utilizzato solo il servizio postale: v. anche l'[ordinanza non numerata della Corte del 3 luglio 2019](#)) per il quali, peraltro, la Corte ha già da tempo mostrato attenzione, con una Convenzione sottoscritta nel 2016 dal Segretario Generale e dal Capo di Gabinetto del Ministero della Giustizia (c.d. Convenzione quadro); ma rilevano nello stesso senso l'accordo sottoscritto il 5 dicembre 2017, tra il Segretario Generale della Corte costituzionale ed il Segretario Generale della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la convenzione di cooperazione e collaborazione istituzionale sottoscritta il 15 dicembre 2017 tra Corte costituzionale e Consiglio Nazionale Forense per l'avvio del processo costituzionale telematico. Anche se, occorre dirlo, della sperimentazione in parola, almeno a chi scrive, non è poi pervenuta notizia.

* Contributo della direzione privo di referaggio.

3. Su questa linea, del resto, è doveroso notarlo, l'atteggiamento filotecnologico della Corte può apprezzarsi nella previsione all'art. 5 delle [Norme integrative](#) circa la possibilità che le comunicazioni di cancelleria siano eseguite, ancorché solo su richiesta della parte interessata, a mezzo di posta elettronica al recapito indicato dal richiedente (si precisa, per vero in modo forse troppo generico, "nel rispetto della normativa concernente i documenti informatici e teletrasmessi"). Più di recente, poi, l'art 4-ter in modo *tranchant* prevede l'invio dell'opinione espressa dai cd. *amici curiae* solo per posta elettronica alla cancelleria della Corte, che, a sua volta, ne comunica l'avvenuta ricezione con posta elettronica.

L'attenzione della Corte nella materia si è ancora manifestata con la recente [sentenza n. 75 del 2019](#), con cui è stato invalidato l'art. 16-septies del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv., con modif., nella l. 17 dicembre 2012, n. 221), e succ. modif., nella parte in cui prevedeva che la notifica eseguita con modalità telematiche la cui ricevuta di accettazione fosse generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24 si perfezionasse per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricevuta. Nella specie, è stato ritenuto vulnerato il diritto di difesa quanto ai termini per l'esercizio dell'azione in giudizio, venendosi "a recidere quell'affidamento che il notificante ripone nelle potenzialità tutte del sistema tecnologico (che lo stesso legislatore ha ingenerato immettendo tale sistema nel circuito del processo), il dispiegamento delle quali, secondo l'intrinseco *modus operandi* del sistema medesimo", deve consentire di tutelare pur senza pregiudizio del destinatario della notificazione.

4. Ma, tornando alle novità recate dal [decreto del 24 marzo](#), notiamo che la Corte, sotto l'impellenza epidemiologica, si è spinta a regolare anche rilevanti fasi processuali all'insegna del mezzo elettronico. Vediamole, non senza prima aver richiamato l'attenzione sulla circostanza di ovvio significato per cui le udienze pubbliche sono state rinviate al termine del periodo di emergenza proprio per evitare quei congressi di persone che la normativa generale si sforza di evitare, laddove anche il ricorso a cautele di distanziamento sono state emarginate dalla previsione. Saggiamente anche quest'ultima modalità è stata esclusa, dato che, anche se fosse possibile in qualche modo celebrare l'udienza, si lascerebbero intatte tutte le operazioni che la precedono, specie di dislocazione dei giudici e delle parti, anch'esse ritenute a ragione ad alto rischio.

Quanto poi alla possibilità di effettuare l'udienza pubblica in remoto, va da sé che le tecnologie a disposizione lo consentirebbero (si pensi all'uso già fattone nel processo penale ed a quello ora previsto, ad es., per le udienze civili che non richiedano la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti), ma la Corte ha ritenuto di escluderlo probabilmente nella considerazione di circostanze di fatto peculiari del processo costituzionale.

5. Tuttavia, affinché tale esclusione non possa risolversi in un nocumento (da ritardo) per le parti interessate, viene concesso a queste di richiedere ugualmente la definizione del giudizio "sulla base degli atti". L'osservazione sorge spontanea circa la probabile marginale *deminutio* che la procedura supporterebbe, rilevando come non infrequentemente le allegazioni orali delle parti poco aggiungono a quanto già esplicitato negli atti che compongono il fascicolo processuale (anche se questa sorta di precisazioni delle conclusioni è ben lungi dal meritare le censure talvolta avanzate nei confronti dell'analogo adempimento in campo civile). Ovviamente, ad una simile constatazione bisognerebbe evitare di pervenire se venisse valorizzata (e l'attuale Presidenza sembra così meritoriamente orientata) la facoltà dei membri del collegio di porre quesiti e chiedere delucidazioni agli avvocati (anche per apprezzarne il grado di convinzione circa le tesi asserite ...).

Ciò che dovrebbe far riflettere se, terminata l'emergenza, non sarà possibile fissare in via definitiva tale ipotesi tra quelle che legittimano il diretto passaggio dall'istruttoria alla camera di consiglio

(sempre che i difensori vadano del medesimo avviso). O ancora chiedersi se il decreto avrebbe potuto più arditamente dare anche alla Corte la possibilità di disporre d'ufficio la camera di consiglio (quindi fuori dalle ipotesi già codificate e quando cioè la causa appaia già risolta nei suoi termini essenziali), fatto salvo il diritto delle parti (peraltro già previsto nelle [Norme integrative](#)) di reclamare motivatamente il rito più solenne al termine dell'emergenza; così come ora sono, per converso, onerate della richiesta scritta di decisione, sulla base degli atti depositati anche (*sic!*) mediante invio di PEC all'apposito indirizzo della Cancelleria della Corte dedicato all'emergenza, entro il termine perentorio di sei giorni liberi prima dell'udienza (in tal caso, entro lo stesso termine, le parti hanno facoltà di depositare brevi note).

6. Si noti tuttavia che il ricorso all'udienza pubblica non viene nel decreto in parola completamente rimosso, consentendosene infatti la realizzazione per eventuali questioni di eccezionale gravità e urgenza e per le quali la Presidente, sentito il Collegio, ravvisi la necessità di trattazione immediata con siffatte modalità (la cui definizione sembra per vero rinviata alla bisogna proprio perché, per quanto già detto, sarebbe del tutto sconsigliabile, quando non interdetto, che alla pubblicità dell'udienza si facesse luogo con le modalità tradizionali: ma v. le regole di cautela già adottate per il processo civile).

Resta comunque da immaginare quali potrebbero essere le questioni di eccezionale gravità e urgenza tali da richiedere l'udienza pubblica: d'altro canto, poiché non emerge immediatamente il possibile nesso tra urgenza e pubblicità dell'udienza, conviene forse porre maggiore attenzione alla gravità, che, se tale, implicherebbe probabilmente di per sé l'urgenza del procedere. Nella circostanza attuale in cui all'emergenza epidemiologica si accompagna l'emergenza istituzionale, ossia un forte rallentamento, quando non compromissione, del normale funzionamento dell'apparato statale anche nei suoi gangli più delicati, quali esemplarmente il Parlamento, non potrebbe allora escludersi la sussunzione nelle ridette questioni di iniziative tese a mortificare ingiustificatamente od eccessivamente le attribuzioni della rappresentanza democratica.

7. Come che sia, alla sola camera di consiglio in modalità da remoto sono quindi adesso nel complesso devolute le questioni già naturalmente destinate a tale sede e quelle di cui si è testé ragionato, avendo provveduto il decreto a riconfigurare come camera di consiglio qualsiasi luogo da cui i giudici della Corte si collegheranno (ciò, probabilmente, per sfuggire, ma forse con qualche eccesso di scrupolo, alle strettoie topografiche derivanti dal Regolamento generale che sembra identificare il Palazzo romano della Consulta come sede esclusiva dei lavori della Corte stessa).

Resta da formulare qualche considerazione in ordine alle concrete modalità con cui le adunanze da remoto (quindi non solo, in ambito giurisdizionale, le camere di consiglio, ma anche, come prevede il decreto stesso, deliberazioni amministrative, nonché quelle dell'Ufficio di presidenza, delle commissioni e dei gruppi di lavoro) saranno effettuate.

Sul punto, il diritto cede ovviamente il passo alle soluzioni tecnologiche più disparate e già utilizzate proficuamente in diversi ambiti lavorativi, scolastici e universitari. Ciò che è certo è che tali tecnologie dovranno assicurare senza margini di dubbio la partecipazione effettiva dei giudici, assicurando nel contempo il pieno dispiegamento dei diritti della difesa, nonché la necessaria sicurezza e tutela dei dati personali.

Ma questa è un'altra delicata questione su cui si potrà ritornare una volta appurata la messa a punto del "sistema emergenziale di giustizia costituzionale", magari confrontandolo con le soluzioni attivate da Corti consorelle (iniziative nello stesso senso risultano infatti adottate, anche a limitarsi al quadro europeo, dal Tribunale costituzionale spagnolo, dal Tribunale costituzionale federale tedesco, dalla Corte suprema del Regno Unito e verosimilmente dal Consiglio costituzionale).

Antonio Ruggeri

La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*

ABSTRACT: *The paper argues the thesis according to which a moderate uncertainty of positive law is, even more than opportune, necessary in view of the optimal fulfillment of rights, especially those scientifically sensitive. In particular, both the certainties and the uncertainties deriving from the "dialogue" between the Courts are highlighted.*

SOMMARIO: 1. La scrittura costituzionale quale fonte, a un tempo, di certezze e incertezze. – 2. I lineamenti del modello: un moderato “diritto politico” ed un parimenti moderato “diritto giurisprudenziale” quali strumenti di certezza dei diritti costituzionali e la necessità di fare riferimento a *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel corpo sociale e nella comunità degli scienziati in vista del riconoscimento e della tutela dei nuovi diritti. – 3. Certezze e incertezze attraverso il “dialogo” intergiurisprudenziale e il superamento del giudicato quale spia altamente indicativa del fatto che le sole *certezze di diritto in senso oggettivo* sono quelle che si dimostrano idonee a convertirsi ed a risolversi per intero in *certezze dei diritti costituzionali*. – 4. Notazioni conclusive, in attesa di ulteriori... *certezze*.

1. La scrittura costituzionale quale fonte, a un tempo, di certezze e incertezze

Della certezza del diritto si discorre – come si sa – *ab antiquo*, in essa rilevandosi la *ratio* immanente del diritto stesso e il fine che ne giustifica la esistenza¹. L’esperienza giuridica, nelle sue plurime espressioni, peraltro conferma che dove c’è certezza v’è anche incertezza del diritto, che l’una cioè è fatalmente obbligata a convivere con l’altra e che, perciò, a conti fatti, si tratta solo di stabilire qual è la misura, in relazione ad una esperienza data, in cui si ha riscontro di entrambe.

Faccio subito un esempio per maggiore chiarezza. Si pensi dunque al rapporto che viene ad intrattenersi tra il c.d. diritto politico” e il “diritto giurisprudenziale”². Ebbene, gli enunciati linguistici positivi delimitano – come si sa – pur sempre (e in misura ora maggiore ed ora minore) l’area entro la quale va effettuata la ricerca dei loro significati astrattamente possibili; e, per ciò stesso, dunque danno, quanto meno in via di principio³, certezza del diritto. Sono, però, anche fonti di incertezze, testimoniate sovente dalle discordie che si hanno tra gli operatori circa il loro retto significato, incertezze alle quali gli operatori stessi *dovrebbero* porre rimedio⁴.

Se la questione che oggi ci occupa è riguardata dalla prospettiva del diritto costituzionale – la sola a me familiare e che mi dà il titolo di rappresentare le notazioni di seguito svolte –, si hanno plurime e convergenti testimonianze che accreditano l’idea della naturale e necessaria complementarietà

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

Lo scritto è stato predisposto per il Convegno su L’incertezza del diritto, che avrebbe dovuto tenersi a Messina il 13 e 14 marzo 2020, poi rinviato a causa dell’emergenza da coronavirus.

¹ Ancora oggi non può prescindere dalla magistrale riflessione di F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1942, rist. 1950.

² Se n’è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione della Giornata in ricordo di Alessandro Pizzorusso dedicata a *Il diritto giurisprudenziale*, Pisa 16 dicembre 2019, i cui Atti non sono ad oggi venuti alla luce. Sulle varie accezioni del termine “giurisprudenza”, v., inoltre, di recente, G. ALPA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 335 ss.

³ ... o, diciamo pure, che si presume che la diano, salva la prova del contrario, quale può aversi laddove gli enunciati stessi dovessero essere tacciati di “oscurità”, come tali forieri alle volte di gravi incertezze (in tema, per tutti, M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari 2010). A rigore, tuttavia, il sintagma “enunciato oscuro” (o, diciamo meglio, *totalmente* oscuro) racchiude in sé un ossimoro, se si conviene che un enunciato linguistico è una proposizione “significante” e che, dunque, è tale se ed in quanto sia in grado di esprimere ed effettivamente esprima un “significato”.

⁴ Anche per essi, nondimeno, vale la presunzione di cui sopra; e il sistema dei gravami ai quali le pronunzie dei giudici soggiacciono è stabilito anche, seppur ovviamente non solo, al fine di ristabilire una istanza di certezza del diritto dapprima rimasta inappagata.

reciproca del diritto politico e del diritto giurisprudenziale, con il *mix* di certezza-incertezza che ne connota le più salienti espressioni e vicende nel tempo.

Si pensi, in primo luogo, alla stessa ragion d'essere delle Carte costituzionali, qui intese esclusivamente nell'accezione di matrice liberale quale affermata a cavallo tra fine settecento e primo ottocento⁵. Ebbene, sappiamo tutti che la "lotta per la Costituzione" che infiammò la Francia e quindi si propagò nel vecchio continente mirava all'obiettivo di strappare al Monarca, fino a quel tempo "assoluto", nel senso proprio di *Constitutioni solutus*, un documento che desse, a un tempo, certezza del diritto costituzionale e certezza dei diritti costituzionali. Le due "certezze", infatti, solo al piano teorico-astratto sono reciprocamente distinguibili (e sono state, com'è noto, molte volte tenute innaturalmente distinte); ma in quella temperie storico-politica facevano un'unica cosa (e, come si dirà meglio più avanti, così non può che essere anche oggi): si trattava, cioè, dei due profili, reciprocamente inautonomi, di un modo complessivo di essere dell'ordinamento costituzionale, in rispondenza ad un fascio di valori fondamentali diffusamente ed intensamente avvertiti e posti al servizio della persona umana⁶, tanto appunto da essere presto condiviso da quanti operavano in contesti istituzionali pure assai diversi tra di loro.

I successivi sviluppi di ordine politico-istituzionale hanno quindi avvalorato l'idea secondo cui la certezza del diritto, nella sua più qualificante espressione, intesa cioè quale *certezza del diritto costituzionale*, non può andare disgiunta dalla giustizia sociale ed anzi non può essere vista quale bene-valore fondamentale da essa diverso⁷; e la giustizia si ha unicamente laddove sono riconosciuti ed effettivamente garantiti i diritti fondamentali, *tutti* i diritti (compresi, appunto, quelli c.d. "sociali"⁸). *La scrittura costituzionale era (e ancora oggi è), dunque, veduta quale il mezzo; la certezza, nella sua piena e propria accezione, il fine.*

La stessa revisione della Costituzione, quale forma eminente di aggiornamento della scrittura, condivide il fine del documento al quale si applica: ridare certezza, laddove sia venuta meno, o, come che sia, risulti appannata, mantenere dunque costante il livello di certezza originariamente raggiunto e – laddove possibile – innalzarlo ancora di più⁹. È ovvio che l'obiettivo può essere centrato solo se

⁵ Non discuto qui della legittimità di altre accezioni della Costituzione quale documento normativo, in particolare se ne sia appropriato il nome pur laddove in essa non si dia il riconoscimento dei diritti fondamentali né ne sia assicurata la salvaguardia nell'ordinamento di riferimento. Resto, dunque, legato alla nozione di Costituzione mirabilmente racchiusa nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, la sola peraltro specificamente riguardante le vicende del nostro ordinamento e degli altri appartenenti alla sua stessa "famiglia" [sulla questione teorica ora evocata, tra i molti che ne hanno variamente trattato, v., part., gli studi di A. SPADARO, spec. il suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994; ulteriori riferimenti, ora, in A.I. ARENA, *La costituzione come idea e come realtà storica (Appunti di Dottrina dello Stato)*, in Dirittifondamentali.it, 2/2019, 11 dicembre 2019].

⁶ Sul principio personalista, in funzione del quale ogni altro principio fondamentale delle Carte di matrice liberale ha la sua ragion d'essere, riferimenti ora in A. MORELLI, [Il principio personalista nell'era dei populismi](#), in questa [Rivista, Studi 2019/II](#), 359 ss. e, dello stesso, ora, *Persona e identità personale*, in [BioLaw Journal, Special issue](#), 2/2019, 45 ss., nonché in M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza solidarietà e responsabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

⁷ Per ciò, di qui in avanti dovrebbe sempre dirsi "certezza-giustizia", ed è solo per brevità che si seguirà a fare ricorso unicamente al primo segmento del lemma suddetto.

⁸ In cosa, poi, questi ultimi si distinguano – teoricamente e, soprattutto, praticamente – da altri diritti, e segnatamente da quelli c.d. "civili", è assai problematico da stabilire; la stessa Carta costituzionale, dopo la "novella" del Titolo V operata nel 2001, testimonia *per tabulas*, all'art. 117, II c., lett. m), l'impossibilità di riprodurre nel tempo presente l'antica credenza che teneva nettamente distinte le libertà c.d. "negative" dai diritti "sociali", in ragione del fatto che unicamente questi ultimi richiederebbero prestazioni da parte dei pubblici poteri al fine di vedersi complessivamente appagati.

⁹ Un'autorevole dottrina ha prospettato la tesi secondo cui le sole innovazioni al dettato costituzionale non consentite sono quelle a finalità di "restaurazione" dell'ordine giuridico preesistente (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); dal mio canto, mi sono sforzato di argomentare l'idea che alla revisione della Carta possa farsi luogo alla condizione che per il suo tramite possa ancora di più arricchirsi il catalogo dei diritti fondamentali e far crescere le garanzie di tutti i diritti, vecchi e nuovi, pur laddove si tratti di innovazioni specificamente riguardanti la parte organizzativa, comunque conducenti all'ottimale appagamento dei bisogni elementari della persona umana [ragguagli,

la scrittura è fatta a modo: un cattivo uso, infatti, fa alle volte ancora più danno di un “non uso”; e, perciò, un sano diritto non scritto – come si è cercato di argomentare altrove¹⁰ – è di certo da preferire ad un pessimo diritto scritto¹¹, specificamente laddove il primo dia fiato ed alimento a consuetudini interpretative in seno al corpo sociale come pure all’apparato governante.

2. I lineamenti del modello: un moderato “diritto politico” ed un parimenti moderato “diritto giurisprudenziale” quali strumenti di certezza dei diritti costituzionali e la necessità di fare riferimento a consuetudini culturali diffuse e radicate nel corpo sociale e nella comunità degli scienziati in vista del riconoscimento e della tutela dei nuovi diritti

Tralasciando ora ciò che può dirsi in relazione alla disciplina della organizzazione, qui non specificamente interessante, e fermando l’attenzione sulla sola parte sostantiva della Carta (e, segnatamente, sulle previsioni riguardanti i diritti fondamentali), da tempo mi sono dichiarato dell’idea che il riconoscimento dei nuovi diritti, in ispecie di quelli – per dir così – *scientificamente sensibili*, richieda, in primo luogo, l’intervento del legislatore costituzionale, la cui chiamata in campo si giustifica proprio per il fatto che l’intervento stesso attiene al cuore pulsante della Costituzione, e solo in seconda battuta del legislatore ordinario e, a seguire, dei giudici¹². Non si trascuri infatti che la procedura aggravata prescritta per la venuta alla luce degli atti di forma costituzionale garantisce ancora meglio della procedura relativa alla formazione delle leggi comune la rispondenza del riconoscimento operato dal legislatore ai bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale e, per ciò stesso, offre certezze di diritto in senso oggettivo – sia pure nei limiti propri di atti pur sempre soggetti a verifica¹³ – che altrimenti non si avrebbero¹⁴.

Gli interventi in forma di legge, ad ogni buon conto, richiedono di aversi a mezzo di enunciati dotati di strutturale duttilità, essenzialmente *per principia*, demandandosi quindi ai giudici il compito

volendo, 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*, 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, 367 ss., nonché in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2018, 20 giugno 2018].

¹⁰ ... nel mio *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in Dirittifondamentali.it, 27 luglio 2015.

¹¹ Si pensi solo, da noi, alle carenze ed oscillazioni linguistiche evidenziate dal Titolo V, quale riscritto nel 2001, che ha obbligato la giurisprudenza costituzionale, con il soccorso offerto da una sensibile dottrina, a far luogo ad una estesa opera di ricucitura interna, che ha però comportato il costo di un diffuso e sostanziale rifacimento del dettato costituzionale.

¹² Della necessità di un aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti con legge costituzionale si discorre nel mio *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.

¹³ È pur vero, però, che la Consulta si trattiene dal far luogo all’annullamento di norme risultanti da leggi costituzionali e, prima ancora, sono gli stessi operatori di giustizia comune a non farne oggetto di questioni di costituzionalità (eccezion fatta delle note vicende riguardanti la disciplina dell’Alta Corte per la Regione siciliana, vistosamente lesiva del principio di unicità della giurisdizione costituzionale). La sanzione sulle norme suddette, ad ogni buon conto, è stata ugualmente applicata, sia pure abilmente mascherata attraverso una *interpretatio abrogans* posta in essere dal massimo dei garanti della legalità costituzionale, artefice di manipolazioni sostanziali del dettato costituzionale rappresentate quali sue genuine e fedeli ricognizioni semantiche. La qual cosa comporta una grave confusione dei ruoli istituzionali, gravida di implicazioni di cui si dirà meglio a breve.

¹⁴ Non è invero possibile escludere in partenza che vi siano atti comuni di normazione ancora più adeguati delle stesse leggi costituzionali a dare voce ai bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale e, dunque, idonei a farsi interpreti dei nuovi diritti. La presunzione, tuttavia, gioca – com’è chiaro – nel senso che le previsioni normative delle leggi costituzionali sono maggiormente conducenti allo scopo, già per il fatto di essere espressive di orientamenti condivisi – anche qui, presumibilmente – da forze politiche contrapposte (è, poi, ovvio che possono darsi – e l’esperienza ce ne dà conferma – leggi comuni approvate a larghissima maggioranza, come pure leggi costituzionali frutto di maggioranze riscalate; non è, però, di ciò che può accidentalmente aversi che si deve tener conto nel momento in cui si delineano i tratti identificativi del modello).

(non già – come pure un’accreditata dottrina ritiene¹⁵ – della mera *applicazione*, bensì) della loro *attuazione*, congrua rispetto ai casi, nella loro multiforme, incontenibile varietà¹⁶. È, infatti, ormai provato che, ogni qual volta il legislatore si è abbandonato ad una disciplina eccessivamente rigida e dettagliata (specie se infarcita di divieti¹⁷), lì quest’ultima si è trovata costretta a soggiacere al suo sostanziale rifacimento, ora alla luce del sole (a mezzo di pronunzie manipolative del giudice costituzionale) ed ora – e peggio – per via sotterranea (a mezzo di un utilizzo forzato delle tecniche interpretative, segnatamente di quella c.d. “conforme”¹⁸)¹⁹.

¹⁵ 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. Sulla spinosa e scivolosa questione della creatività della giurisprudenza, ancora di M. LUCIANI v., poi, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss.; *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*, in *Questione Giustizia*, 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss.; inoltre, tra i molti 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.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell’interpretazione costituzionale nell’ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 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.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.; 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 e, in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, ora, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018. Sul ruolo del giudice quale produttore di certezze del diritto in concreto, v., infine, 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.

¹⁶ È risaputo, infatti, che i principi si aprono a raggiera rendendosi quindi disponibili ad essere variamente specificati da regole volte alla loro implementazione nell’esperienza.

¹⁷ ... quale si è avuta in relazione alle esperienze di procreazione medicalmente assistita (ma molti altri esempi ancora possono, com’è noto, farsi in tal senso).

¹⁸ Raguagli su alcune delle più salienti esperienze di quest’ultima si sono, di recente, avuti da 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 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*, 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.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. soc.*, 4/2018, 633 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*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 37 ss., e, nella stessa *Rivista*, l’intervento di A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, 163 ss.; G. PARODI, *L’interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss.; C. CARUSO, *Il “posto” della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss., e, dello stesso, *L’interpretazione conforme alla Cedu e i “diritti a somma zero”*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 457 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in “moto perpetuo”*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 28 gennaio 2020, spec. 292 ss.; F. POLITI, *L’interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, 155 ss. Con specifico riguardo ad alcune delle sue più salienti espressioni al piano dei rapporti interordinamentali, v., di recente, V. PICCONE, *Diritto internazionale e diritto interno: rimedi interpretativi. Una riflessione sull’attuale panorama dei rapporti interordinamentali alla luce della doppia dipendenza per come la stessa si è dipanata nel corso dell’ultimo anno*, in *Questione Giustizia*, 27 dicembre 2019.

¹⁹ Proprio la legge 40 del 2004 ne dà forse la più emblematica testimonianza, nel mentre è ancora da vedere, specie dopo *Cappato*, cosa ne sarà della legge 219 del 2017, con riguardo alle vicende di fine-vita.

Possiamo riconsiderare questa vicenda dall'angolo visuale congeniale a questo studio, riassumendola nei termini seguenti: che certezza del diritto costituzionale e certezza dei diritti costituzionali si hanno unicamente grazie ad un *moderato diritto politico*, cui faccia quindi seguito, ad esso armonicamente saldandosi, un parimenti *moderato diritto giurisprudenziale*, comunque bisognoso di mantenersi entro la cornice del primo cui è chiamato a dare ora svolgimento ed ora integrazione. All'uno ed all'altro, poi, si salda il ruolo di centrale rilievo dell'amministrazione, senza il cui fattivo apporto la salvaguardia dei diritti resterebbe molte volte monca e difettosa²⁰.

Questa è però solo una indicazione – come dire? – di metodo dell'azione dei pubblici poteri complessivamente volta a dare il riconoscimento prima e la tutela poi ai nuovi diritti. Essa, però, com'è chiaro, non risolve il problema ma lo sposta in avanti. Si tratta, infatti, di stabilire quali possano (e debbano) essere i punti culturali di riferimento ai quali far capo al fine di poter assolvere ad un compito sì gravoso ed impegnativo ed anche – a dirla tutta – non poco sofferto.

Il punto è di cruciale rilievo proprio in una riflessione, quale quella che si va ora facendo. E, invero, occorre chiedersi se la “invenzione” di nuovi diritti fondamentali da parte dei pubblici poteri disponga di basi sia pure relativamente salde e, appunto, certe sulle quali poter poggiare e – ciò che più conta – rendersi credibile, farsi accettare da quanti sono poi chiamati a far valere i diritti stessi, dandovi pratico senso.

In altri luoghi, mi sono sforzato di argomentare l'idea che un diritto fondamentale costituisca un bisogno elementare dell'uomo il cui mancato appagamento non consentirebbe all'esistenza, di essere – come invece riconosce la Carta (art. 36, I c.) – “libera e dignitosa”²¹. Quali, poi, siano i bisogni in parola può risultare solo da una ricerca scrupolosa effettuata in seno agli strati più profondi del corpo sociale. L'opera del diritto è, dunque, chiamata a dar voce a *consuetudini culturali di riconoscimento* dei nuovi diritti, con le quali cioè certi bisogni sono appunto qualificati come diritti fondamentali. Questi ultimi non possono, insomma, essere *imposti* ma, appunto, solo *riconosciuti*²².

D'altro canto, laddove l'opera di ricognizione dei nuovi diritti dovesse risultare infedele o, come che sia, imperfetta, sarebbe fatalmente rigettata dal corpo sociale al quale s'indirizza.

²⁰ Questo versante, nondimeno, è qui obbligato a restare nell'ombra, non disponendosi né dei dati necessari né dello spazio richiesto per la elaborazione di quelli disponibili al fine di poter “pesare” l'incidenza esercitata dalle pratiche amministrative, estremamente ramificate e diffuse, in ordine alla effettiva implementazione dei diritti. È sicuro, ad ogni buon conto, che dal buon andamento e dall'imparzialità dell'amministrazione dipenda in significativa misura la certezza del diritto e dei diritti allo stesso tempo; e, a darne riprova, basti solo considerare ciò che rappresentano – nel bene e nel male – le circolari, in sede sia di interpretazione delle leggi e sia pure di esecuzione delle decisioni dei giudici. La retta e piena affermazione del principio di legalità o, all'inverso, le deviazioni dallo stesso non poche volte dipendono infatti – come si sa – proprio da tale strumento, nella varietà dei tipi in cui si articola e svolge [ha, non molto tempo addietro, fatto il punto sull'*Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto* M. D'AMICO, in un corposo saggio apparso con questo titolo in *Rivista AIC*, 4/2018, 8 novembre 2018, 86 ss.].

²¹ È, poi, chiaro che non possiamo qui nuovamente interrogarci circa il significato di ciascuno dei termini componenti la formula ora richiamata, a partire proprio dall'ultimo, forse il più disagiata da mettere a fuoco al piano teorico-astratto [ragguagli possono aversi dal mio *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in questa *Rivista, Studi 2018/II*, 392 ss.; cfr., di recente, *ex plurimis*, G. RAZZANO, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, in *BioLaw Journal, Special issue*, 2/2019, 95 ss. e, della stessa, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'invulnerabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 3 marzo 2020, spec. 652 ss.; A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 4 dicembre 2019; 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. Infine, con riferimento alla giurisprudenza eurounitaria, per tutti, A. DI STASI, *Brevi considerazioni intorno all'uso giurisprudenziale della nozione di dignità umana da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Cacucci, Bari 2019, 861 ss.].

²² Si coglie in questa rappresentazione teorica l'eco di un'antica veduta, risalente già alla tradizione romanistica, nei cui riguardi si è riconosciuta debitrice la lezione orlandiana sul metodo ed alla quale ancora oggi la più accreditata dottrina storiografica fa riferimento (part., P. GROSSI, del quale v., almeno, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017; quanto poi al pensiero di V.E. Orlando, per tutti e di recente, v. V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018).

Il diritto – come si vede – dà, in tal modo, certezze e garanzie allo stesso tempo; e, però, ha bisogno a sua volta di poggiare su certezze, e queste – come si è venuti dicendo – vengono proprio dalle consuetudini suddette.

È interessante poi notare in che modo le consuetudini, di cui si è fin qui discusso, si combinano con altre consuetudini, affermatesi in seno alla comunità degli scienziati e degli esperti in genere. Si danno infatti casi in cui – a stare ad un discusso orientamento della giurisprudenza – le divisioni riscontratesi nella cerchia degli scienziati, vale a dire le loro incertezze, ridondano in incertezze della Costituzione, specificamente laddove quest’ultima si dispone a fare proprie le indicazioni date dagli esperti, qui tuttavia in tesi difettose (incerte, appunto). Le *incertezze culturali*, dunque, si traducono in *incertezze positive*, di cui si ha riscontro soprattutto al massimo grado dell’esperienza giuridica.

In circostanze siffatte, la Costituzione sarebbe obbligata al silenzio, in attesa di future chiarificazioni, e però – e la cosa è francamente singolare – ciò non impedirebbe al legislatore di prendere ugualmente partito su questioni animatamente discusse e perciò – possiamo dire con il linguaggio a noi familiare – di somministrare le sue “certezze”.

È quanto si è avuto con riguardo alla eventuale destinazione degli embrioni crioconservati alla ricerca scientifica, secondo [Corte cost. n. 84 del 2016](#), in parte già anticipata dalla [sent. n. 229 del 2015](#)²³. Francamente, però, non si vede come possano reggersi in piedi “certezze” legislative non poggianti, in tesi, su “certezze” scientifiche²⁴ nelle quali, peraltro, si specchiano divisioni marcate nel corpo sociale, non ancora pronto e attrezzato a far luogo ad esprimere quelle consuetudini culturali di cui sopra si diceva.

Di contro, alle volte un largo e consolidato schieramento di studiosi formatosi in merito a talune questioni (come a riguardo delle vaccinazioni, quanto meno di alcune²⁵) sollecita ed agevola il radicamento delle consuetudini culturali suddette che dalle certezze scientifiche traggono alimento e sostegno, venendone dunque una stringente direttiva d’azione per il legislatore, chiamato a convertire le certezze scientifiche in certezze giuridiche.

Tra tutte tali certezze, insomma, si intrattiene un rapporto di mutuo sussidio e d’incessante alimentazione. Perché la “razionalizzazione” giuridica – è ormai provato – non è mai meramente passiva, interamente debitrice delle suggestioni ed indicazioni venute dal corpo sociale: col fatto stesso di esservi, infatti, per un verso, rende ancora più salde e diffuse le consuetudini suddette, mentre, per un altro verso, avvia inusuali processi culturali, incoraggiandone ed incanalandone la maturazione.

²³ Tra i molti commenti alla decisione del 2016, v., almeno, quelli che sono in [BioLaw Journal](#), 2/2016; altri riferimenti in R. CRISTIANO, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in [Rivista AIC](#), 2/2018, 12 aprile 2018, 1 ss.; S. AGOSTA, *Libertà di ricerca scientifica e parusia della dignità umana (a proposito dei limiti alla sperimentazione sull’embrione)*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 469 ss., del quale v., ora, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell’embrione*, Aracne, Roma 2020, 70 ss. e 215 ss.; A. SPADARO, *Il “concepito”: questo sconosciuto...*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 429 ss.

²⁴ Si pensi, ad es., al modo con cui è stato evocato in campo il principio di precauzione [a riguardo del quale, di recente, G. RAGONE, *Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 157 ss., e A. NAPOLITANO, *Riflessioni sul ruolo del principio di precauzione nel processo decisionale delle pubbliche amministrazioni*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/2019, 1 ss.], da alcuni giudicato idoneo a giocare a favore della utilizzabilità degli embrioni suddetti a scopo di ricerca, una eventualità invece da altri categoricamente esclusa. È poi evidente che entrambi gli orientamenti risentono di un... *preorientamento* etico-culturale (in senso lato).

²⁵ Riferimenti in 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.; L. RAMPA, *Autodeterminazione e coercizione nella legislazione sulle vaccinazioni. Un approccio non giuridico*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 937 ss.; D. CODUTI, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di Stato e forma di governo*, in [Rivista AIC](#), 3/2018, 30 luglio 2018, 605 ss.; P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all’autodeterminazione*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 41 s., e, pure *ivi*, D. MORANA, *Prima e dopo la cura: nuove dimensioni nella tutela della salute*, 399 ss. e, *amplius*, M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, 541 ss.

3. *Certezze e incertezze attraverso il “dialogo” intergiurisprudenziale e il superamento del giudicato quale spia altamente indicativa del fatto che le sole certezze di diritto in senso oggettivo sono quelle che si dimostrano idonee a convertirsi ed a risolversi per intero in certezze dei diritti costituzionali*

Ovviamente, quelli appena descritti sono solo i lineamenti essenziali di un modello teorico che si presenta internamente assai articolato e composito.

Uno studio appena più approfondito di quello fin qui condotto mostra, infatti, che si danno plurime “certezze” (e – come si diceva –, per ciò stesso, “incertezze”) ad ogni livello istituzionale e piano di esperienza giuridica.

Finora si è discusso, in termini volutamente approssimativi, del rapporto tra il diritto politico e il diritto giurisprudenziale unitariamente considerati. Sappiamo però che ciascuno dei termini della relazione richiede di essere declinato al plurale, in particolare – per ciò che ora maggiormente preme mettere in evidenza – il secondo.

Ebbene, è interessante notare in che modo il c.d. “dialogo” intergiurisprudenziale – termine a riguardo del quale pure dovrebbero farsi non poche precisazioni di ordine teorico-definitorio – concorre incessantemente a produrre e rinnovare tanto certezze quanto incertezze, le une e le altre poi particolarmente rilevanti in relazione ai casi in cui dovesse aversi riscontro di ritardi e carenze del legislatore nell’opera di riconoscimento e tutela dei diritti.

Si considerino, ad es., sia pure con la massima rapidità, alcuni processi che portano alla graduale emersione e messa a fuoco di nuovi diritti attraverso l’opera congiunta di più operatori di giustizia, sovente peraltro dislocati in ordinamenti diversi²⁶. Non è infrequente assistere – come si è tentato di mostrare altrove – alla formazione di vere e proprie “catene” di pronunzie giurisprudenziali funzionalmente connesse e, appunto, conducenti al fine comune della salvaguardia di diritti trascurati o – peggio – lesi dal legislatore. È come se, azionando la ghiera dell’obiettivo di una macchina fotografica, si facesse luogo alla graduale e sempre più precisa messa a fuoco dell’oggetto ritratto, fino appunto a darne la fedele rappresentazione. Alle volte, infatti, ad una prima pronunzia di questa o quella Corte europea e/o della Corte costituzionale fa seguito un’ulteriore pronunzia in ambito interno e poi magari un’altra ancora, tutte animate dall’intento di dare sempre più puntuale specificazione-attuazione a quella (o quelle), viepiù componendo il quadro complessivo della tutela. È ciò che – come si sa – si ha in presenza di decisioni-pilota della Corte europea e/o di pronunzie additive di principio della Corte costituzionale²⁷, alle quali facciano quindi seguito decisioni dei giudici comuni volte a darvi – come si diceva poc’anzi – *attuazione* (e non meramente *applicazione*).

In congiunture siffatte, si assiste – come si vede – ad una certezza del diritto e ad una certezza dei diritti che *si fa* per gradi discendenti, viepiù precisandosi e rendendosi efficace al servizio di bisogni particolarmente avvertiti in seno al corpo sociale.

È ovvio che le cose non vanno sempre così. Il “dialogo” intergiurisprudenziale è fatto anche di incomprensioni, fraintendimenti, aperti e più o meno gravi conflitti. Talora si hanno infatti cattivi “seguiti” o “non seguiti”, espressivi di vere e proprie ribellioni manifestate da alcuni giudici nei

²⁶ Nella ormai incontenibile lett., per un quadro di sintesi recentemente messo a punto, v. 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. V., inoltre, utilmente, S. MANGIAMELI, *La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento europeo e le funzioni nazionali*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 10 febbraio 2020, 386 ss.

²⁷ Talvolta, queste ultime sono incoraggiate a formarsi proprio dalle prime, come ad es. si è avuto con riguardo al riconoscimento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche, dapprima negato dalla Consulta e di poi invece ammesso proprio dietro sollecitazione di una sensibile giurisprudenza europea.

riguardi di altri²⁸: come dire che la certezza del diritto (e dei diritti) garantita dalla decisione – diciamo così – “attuanda” è stata confutata da una diversa certezza ad opera della decisione “attuativa”.

L’ordinamento è, per vero, dotato di rimedi idonei a ripristinare la necessaria armonia interna al sistema. Non sempre, però, essi sono messi in atto e si dimostrano risolutivi²⁹; ad ogni buon conto, è chiaro che rimane pur sempre un disorientamento degli operatori e della pubblica opinione conseguente ai conflitti in parola.

Talvolta la dottrina ha in modo insistito fermato l’attenzione sui conflitti stessi (come, ad es., si è avuto al piano dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte dell’Unione europea con *Taricco*), esasperandone e drammatizzandone la portata. Non si trascurino tuttavia al riguardo due cose: che i casi di convergenza sono stati (e tendono costantemente ad essere) di gran lunga maggiori di quelli di divergenza³⁰, a riprova della bontà del metodo del “dialogo”, e che, pur laddove si abbiano scontri ed incomprensioni, non è mai mancato lo sforzo prodotto dalle Corti di ricercare un qualche accomodamento dei loro rapporti. Ciò che, ad ogni buon conto, importa è che proprio grazie al “dialogo” in parola il catalogo dei diritti si è col tempo, in rilevante misura, arricchito. Trovo perciò improduttivo l’appello fatto da pur accreditati studiosi dichiaratisi contrari alla integrazione o all’affinamento degli strumenti di cooperazione tra le Corti in atto esistenti, e segnatamente alla ricezione del prot. 16, da cui invece possono attendersi non pochi benefici³¹, specie – per l’aspetto ora interessante – per ciò che concerne la certezza dei diritti, dal “dialogo” in parola costantemente alimentata e ravvivata.

Il “dialogo” porta a volte a riconsiderare criticamente certezze dapprima ritenute incrollabili in vista – qui è il punto – di nuove e ancora più appaganti certezze. Merita al riguardo di essere qui pure rimarcato un punto sovente trascurato; ed è che uno degli effetti discendenti dalla cooperazione tra le Corti è proprio il possibile (e non di rado riscontrato) innalzamento del livello di garanzia dei diritti.

²⁸ Così, per fare solo i primi esempi che vengono in mente, con riferimento al (non) “seguito” dato dall’autorità remittente a [Corte cost. n. 10 del 2015](#) (in tema di *Robin tax*) o a [Corte cost. n. 170 del 2014](#) (quanto al matrimonio del transessuale che, a stare alla parte motiva della decisione *de qua*, avrebbe dovuto considerarsi subito sciolto e che invece è stato prolungato fino alla entrata in vigore della disciplina legislativa sulle unioni civili). Sulle “ribellioni” dei giudici, v., per tutti, 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.

²⁹ Ad es., il giudice costituzionale potrebbe sollevare davanti a se stesso un conflitto da menomazione avverso il comportamento ostruzionistico o deviante del giudice dell’esecuzione. Ad oggi, tuttavia, pur avendo ripetutamente dichiarato di essere pronta a farvi luogo, la Consulta si è trattenuta dall’azionare lo strumento suddetto, preferendo non inasprire il conflitto. Si tratta di una scelta che può essere variamente valutata sul piano della opportunità istituzionale, fermo restando che non si dava (e non si dà) alcun obbligo giuridico che si opponesse (e si opponga) alla sua messa in atto. L’acquiescenza dimostrata dal giudice delle leggi, ad ogni modo, forse non giova alla certezza del diritto costituzionale, potendo essere intesa – perlomeno in alcuni casi – come una sorta di autodelegittimazione del giudice stesso.

³⁰ Il vero è che fanno “notizia” soprattutto i conflitti ed è perciò su di essi che si puntano i riflettori dedicandovi la maggiore attenzione.

³¹ Contrario alla ricezione, part., M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l’autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in [Sistema Penale](#), 27 novembre 2019; riserve manifestano anche F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in [Dirittifondamentali.it](#), 13 novembre 2019; nella stessa *Rivista*, M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?*, 2/2019, 30 dicembre 2019, e G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico*, in [Federalismi.it](#), Focus Human Rights, 3/2020, 5 febbraio 2020, 157 ss.. A favore, invece, R. CONTI, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, in [Sistema Penale](#), 27 dicembre 2019; v., inoltre, l’intervista a M. CASTELLANETA, A. DI STASI e A. TANCREDI, curata dallo stesso Conti, su *La CEDU e l’Accademia europeista-internazionalista*, in [Giustizia insieme](#), 23 gennaio 2020, e, pure *ivi*, l’intervista a P. BIAVATI, G. COSTANTINO ed E. D’ALESSANDRO su *La CEDU e i processualciviltisti*, 6 febbraio 2020. Cfr. E. SPATAFORA, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 5 febbraio 2020, 369 ss. Infine, se si vuole, può vedersi anche il mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in [Diritti Comparati](#), 1/2020, 5 gennaio 2020.

Si pensi, ad es., all'eventuale superamento del giudicato (penale, civile ed amministrativo³²) conseguente all'adozione di una pronunzia della Corte di Strasburgo che abbia acclarato la violazione dei canoni relativi al giusto processo. A prima impressione, parrebbe che la certezza del diritto in senso oggettivo, in funzione della cui salvaguardia l'istituto del giudicato ha – com'è noto – la sua ragion d'essere, si trovi costretta a recedere davanti alla certezza dei diritti, e cioè alla effettività della loro tutela. Parrebbe, insomma, che si sia in presenza di un conflitto tra “certezze”, che porti al necessitato sacrificio della prima a fronte del bisogno indisponibile di assicurare l'appagamento della seconda.

Le cose, in realtà, non stanno così, per la elementare ragione che la certezza del diritto costituzionale in senso oggettivo ha senso se ed in quanto si converta ed interamente risolva nella certezza dei diritti, laddove – come si rammentava poc'anzi – è l'essenza stessa della Costituzione. Ove così non fosse, dunque, si smarrirebbe la ragion d'essere della Costituzione.

La questione si fa, poi, sommamente spinosa e persino inquietante con riguardo all'eventuale superamento del giudicato costituzionale. In altri luoghi mi sono chiesto se ciò possa aversi. La lettera di cui all'art. 137, ult. c., cost. parrebbe non lasciare scampo, col fatto stesso di fare della Corte – come suol dirsi – l'organo di “chiusura” del sistema, il solo dunque abilitato a somministrare “verità” inconfutabili di diritto costituzionale e sui diritti costituzionali.

Non nego che quello di cui al disposto della Carta appena richiamato sia un principio fondamentale dell'ordinamento o, come che sia, un canone “coperto” dai principi fondamentali nel loro fare “sistema”. E, tuttavia, *ogni* principio non si sottrae al suo eventuale “bilanciamento” con i principi restanti; e proprio in ciò essi hanno la loro cifra identificante e più genuinamente espressiva.

Un solo principio si sottrae, a mio modo di vedere, a quest'esito, se si conviene a riguardo della sua natura – si è detto altrove³³ – “supercostituzionale”, ed è quello della dignità della persona umana, l'“assoluto” costituzionale o la “bilancia” – secondo la felicissima immagine datane da un'autorevole dottrina³⁴ – su cui si dispongono gli altri beni costituzionali in vista della loro mutua ponderazione.

Qui è il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa. Così stando le cose, laddove dovesse risultare provato che è possibile dare un ottimale ristoro alla dignità, dalla quale tutti i diritti fondamentali si tengono, sia pure col costo del superamento del giudicato costituzionale, come escludere di battere questa via conducente alla meta di un'ancora più appagante certezza dei diritti?

³² V., quanto alla materia penale, [Corte cost. n. 113 del 2011](#) e, in materia civile ed amministrativa, [Corte cost. n. 123 del 2017](#) (e succ.); v., inoltre, [n. 93 del 2018](#) e, per la giurisprudenza europea, Grande Camera, sent. 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), ric. n. 19867/12, dove la Corte di Strasburgo rileva che la revisione del processo svoltosi in violazione della Convenzione non è da quest'ultima imposta, restando infatti riservata agli Stati la scelta del modo più adeguato a dare esecuzione alla pronunzia della Corte stessa [con riferimento alle sorti del giudicato penale, v., di recente, l'intervista a R.E. KOSTORIS e S. RUGGERI su *CEDU e processualpenalisti*, in [Giustizia insieme](#), 20 marzo 2020].

³³ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

³⁴ Il riferimento – come si sa – è a G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *AIC* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), 14 marzo 2008. Di contro, giudicano la dignità essa pure 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. Rilevano l'utilizzo incerto ed oscillante della dignità da parte della giurisprudenza costituzionale, R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 26 novembre 2019, e G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, cit., 652 ss. Sugli slittamenti semantici del concetto nella giurisprudenza costituzionale, v., inoltre, part., E. MALFATTI, *Intorno alla dignità della persona umana, nel “vocabolario” più recente della Corte costituzionale*, in 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, 485 ss.

Certo, si tratta poi di stabilire le modalità con le quali porre in essere questa operazione, come pure di definire gli effetti conseguenti alla sua messa in atto. Di tutto ciò, com'è chiaro, non è questa la sede per approfondimenti che richiedono uno spazio ora non disponibile³⁵.

4. Notazioni conclusive, in attesa di ulteriori... certezze

Dalle notazioni fin qui svolte si hanno alcune indicazioni sulle quali giova in conclusione fermare l'attenzione, sia pure con la rapidità imposta a questo studio e in attesa di ulteriori svolgimenti che dovranno altrove aversi.

La prima (e più rilevante a finalità teorico-ricostruttiva, dalla quale ogni altra discende e dalla quale si tiene) è che una moderata incertezza del diritto positivo è, più ancora che *opportuna*, *necessaria* in vista dell'ottimale appagamento dei diritti e, per ciò stesso, dell'affermazione della Costituzione. Come si è venuti dicendo, infatti, non può aversi certezza dei diritti, sia pure entro i limiti consentiti dal contesto complessivo in cui se ne rivendica la salvaguardia³⁶, se non grazie ad una parziale incertezza. Quest'esito è particolarmente evidente con riferimento ai nuovi diritti, specie – come si diceva – a quelli scientificamente sensibili, la cui salvaguardia richiede una costante e fattiva cooperazione del legislatore e dei giudici, nonché di questi ultimi *inter se*, senza la quale la “lotta per i diritti” (e, per ciò pure, per la Costituzione) sarebbe persa in partenza.

La seconda è che la tipizzazione dei ruoli istituzionali è condizione della tenuta della Costituzione e di garanzia per i diritti; e, tuttavia, essa non può più aversi nelle forme e nella misura di un tempo, non può cioè aversi in modo drastico. Non a caso – come si è veduto – gli stessi giudici sono naturalmente sollecitati dal carattere circoscritto e duttile degli atti legislativi a rendersi partecipi dei processi di normazione, in ispecie a produrre le regole richieste dai casi, in svolgimento dei principi fissati dagli atti stessi, facendo pertanto luogo ad un'attività che è in sé e per sé normativa, malgrado le regole stesse esprimano effetti circoscritti ai casi³⁷.

La terza è che la Costituzione, per un verso, è chiamata a distendersi viepiù nel campo materiale suo proprio, magari giovandosi – la speranza è questa – del prolungamento apprestato dalle leggi approvate con le procedure di cui all'art. 138 in vista del riconoscimento dei nuovi diritti e, per un altro verso, a contrarsi in occasione delle singole vicende processuali a fronte di altre Carte dei diritti

³⁵ Così, ad es., dubito molto che, una volta ammesso il superamento del giudicato in parola, possa aversi un rifacimento del processo costituzionale già portato a termine e, con esso, l'eventuale “reviviscenza” di legge già caducata dalla Corte, a motivo del carattere istantaneo dell'effetto ablativo. Potrebbe, però, ammettersi la riproduzione con legge della norma dapprima annullata e, nel caso che la norma riproduttiva dovesse essere impugnata davanti alla Consulta, potrebbe aversene il rigetto della questione che l'abbia ad oggetto, malgrado la violazione del giudicato usualmente, in circostanze siffatte, riconosciuta dallo stesso giudice costituzionale. Ovviamente, è pure da mettere in conto che avverso la pronuncia della Corte europea che suoni oggettiva contestazione del verdetto dapprima emesso dal giudice delle leggi, quest'ultimo si determini ad azionare i “controlimiti”. Ogni evenienza è, insomma, da mettere in conto. Ciò che però non mi sento in partenza di escludere è che la stessa Corte costituzionale possa riconoscere che la decisione della Corte europea offra ai diritti una tutela ancora più efficace di quella loro data a mezzo della caducazione della legge incostituzionale.

³⁶ Non si trascurino, in particolare, le numerose e viepiù ingravescenti emergenze (da quella ambientale a quella terroristica, da quella migratoria a quella economica nella sua più larga accezione, infine a quella, travolgente ed inquietante, sanitaria) che, più o meno pesantemente, incidono sulla “misura” della tutela. La giurisprudenza, dal suo canto, rende ripetute ed eloquenti testimonianze del condizionamento esercitato dalle emergenze stesse al riguardo.

³⁷ Per il modello qui nuovamente patrocinato – come si vede – si vorrebbe non già l'affermazione di uno Stato “giurisdizionale” – per riprendere una sua qualifica d'uso corrente e tuttavia impropria – o un'impossibile restaurazione del vecchio Stato “legislativo” di ottocentesca memoria bensì l'impianto di uno Stato “legislativo e giurisdizionale” assieme, connotato da leggi “forti”, proprio perché contenute quanto all'articolato che ne fa la struttura e atte a dar voce ai valori fondamentali dell'ordinamento, e da sentenze parimenti “forti”, in quanto chiamate a svolgere ed integrare i disposti delle prime. Purtroppo, questo modello – come qui pure si viene dicendo – tarda ad affermarsi a motivo dei ritardi e delle complessive carenze del legislatore, nonché delle deviazioni di cui si ha alle volte riscontro nelle pratiche della giurisdizione dal modello per esse stabilito. Ciò non toglie che occorra produrre ogni sforzo in vista dell'affermazione del modello stesso, perlomeno nella massima misura consentita dai tempi.

che si dimostrino in concreto idonee ad innalzare il livello dei diritti o, meglio, a rendersi disponibile a farsi rigenerare semanticamente senza sosta, caso per caso, alla luce delle suggestioni venute dalle Carte suddette, allo stesso tempo in cui anche queste ultime, per la loro parte, attingono dalla Costituzione utili indicazioni per il loro incessante aggiornamento³⁸.

Il vero, poi, è che la disponibilità in parola da parte della Costituzione e delle altre Carte risulta agevolata ad esprimersi ed a farsi valere dalla naturale elasticità del linguaggio che le connota; ciò che, invece, fa difetto alle volte è la disponibilità delle Corti ad ammettere che una Carta diversa da quella di cui ciascuna di esse è istituzionalmente garante possa offrire una tutela ancora più avanzata. Manca (o, diciamo meglio, non sempre si ha) la consapevolezza che la partita si apre ogni volta ad ogni suo possibile esito e che, pur laddove dovesse riconoscersi che *ab extra* vengono indicazioni conducenti all'innalzamento della tutela, ciò non determina *mai* una sconfitta per l'ordinamento di appartenenza e la Carta che ne è a fondamento ma, all'inverso, la sua compiuta affermazione, ogni Carta naturalmente tendendo alla propria ottimale implementazione nell'esperienza, alle condizioni oggettive di contesto.

La quarta è che il “metapprincipio” della ricerca della massima tutela possibile attraverso il “dialogo” tra le Corti è la risorsa più efficace di cui si dispone nel presente contesto segnato da un'avanzata integrazione sovranazionale e da vincoli viepiù penetranti venuti dalla Comunità internazionale al fine di dar modo alla Costituzione e ad ogni altro documento “tipicamente costituzionale” – per riprendere la qualifica che se ne ha in [Corte cost. n. 269 del 2017](#) – di potersi affermare *magis ut valeant*³⁹.

³⁸ Si pensi, ad es., al rilievo posseduto dalle tradizioni costituzionali comuni nelle pratiche di giustizia che si hanno in ambito europolitano, rilevato dalla più sensibile dottrina [v., part., 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.; 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](#), 31/2018, 11 novembre 2019, 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.; V. RUBINO, *La tutela interordinamentale dei diritti fondamentali dopo la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale italiana: quali ricadute nello spazio economico e giuridico europeo?*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1-2/2019, 123 ss., spec. 134 ss.].

Tra le stesse Corti europee, poi, si intrattengono – come si sa – fecondi scambi di suggestioni ed indicazioni nell'uno e nell'altro verso, essi pure governati – secondo modello (e, in specie, alla luce di quanto dispone l'art. 53 della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo) – dal canone fondamentale della massimizzazione della tutela, del quale si dirà meglio a momenti.

³⁹ Sul canone fondamentale in parola una nutrita schiera di studiosi ha, specie di recente, fermato, con varietà di svolgimenti teorico-ricostruttivi, l'attenzione. Un vivace scambio di vedute si è, in particolare, 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](#), 10 aprile 2019: il primo, in particolare, ha manifestato un avviso contrario a riconoscere la stessa astratta configurabilità del canone stesso, da me invece posto a base delle relazioni interordinamentali nelle loro più salienti vicende; di R. BIN, v., inoltre, *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., e, ora, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni*

La quinta (ed ultima) è che, al fine di dar modo al “dialogo” stesso di potersi svolgere nel modo più efficace e fecondo e pervenire alla meta della sua compiuta maturazione, la migliore risorsa di cui si dispone è data dalla comparazione, quale strumento – qui è il punto bisognoso di essere particolarmente rimarcato – non soltanto per la conoscenza dell’altro ma, più e prima ancora, per quella di se stesso, della propria identità costituzionale⁴⁰. E ciò, per la elementare ragione, sulla quale si è in altri luoghi insistito, che gli ordinamenti, pur non essendo *pleno iure* integrati, non sono ormai più in tutto separati o, peggio, contrapposti, a mo’ di eserciti schierati in campo e pronti a farsi una guerra senza risparmio di colpi. Sono, dunque, in via di *tendenziale integrazione*; e il principio fondamentale che fa da cerniera è proprio quello dell’apertura interordinamentale in funzione della ottimale salvaguardia dei diritti costituzionali, della loro certezza appunto.

Dare ingresso a norme, pronunzie dei giudici e quant’altro serva la causa dei diritti e provenga *ab extra* non è una sorta di *optional* di cui l’operatore di turno liberamente decida di dotarsi e di avvalersi nell’esercizio del *munus* conferitogli; è, piuttosto, un *dovere*, costituzionalmente prescritto da un principio fondamentale dell’ordinamento al quale l’operatore stesso appartiene⁴¹. Diciamo pure che è una porta che si apre per dare il benvenuto a chi offra ristoro ai più avvertiti bisogni dell’uomo e che invece si chiude laddove se ne avrebbe un abbassamento della tutela. Spetta poi, come sempre, alla sensibilità ed alla responsabilità di chi aziona la maniglia dell’uscio stabilire in quale verso convenga muoverlo, sì da aversene le maggiori e più produttive certezze a beneficio dei diritti.

in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone, in Quad. cost., 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, ai cui rilievi mi sono sforzato di replicare in più luoghi (tra i quali, di recente, il mio Protocollo 16 e identità costituzionale, cit.).

⁴⁰ Per maggiori ragguagli sul punto, v., nuovamente, il mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit.

⁴¹ Se ci si pensa, in ultima istanza è qui in gioco il dovere di fedeltà alla Repubblica (su cui, per tutti, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013), per effetto dell’azione sinergica risultante dall’art. 54 e dagli artt. 10 e 11, nel loro porsi al servizio degli artt. 2 e 3, vale a dire di quella che a me piace chiamare la *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento, composta dai valori transepocali e tendenzialmente universali di libertà ed eguaglianza.

Carlo Padula

Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*

ABSTRACT: *In the light of decision 44/2020 of the Constitutional Court, the paper focuses on two different topics: first, the issue of the "double defect" of the law, because the challenged regional statute violated both the Constitution and a self-executing European directive, but the Court ruled on the merits of the constitutional issue although the judge could refuse to apply the law; secondly, the legitimacy of long residence requirements for access to public housing, because the Court invalidated the regional law insofar as it infringed art. 3 of the Constitution.*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il giudizio *a quo*. - 3. L’ordinanza di rimessione. - 4. L’errata valutazione del giudice *a quo* sulla non diretta applicabilità dell’art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE. - 5. Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”: oltre la Carta dei diritti. - 6. La decisione della Corte: le ragioni della sua importanza. - 7. L’incostituzionalità del requisito di residenza protratta per l’accesso all’ERP. - 7.1 La norma censurata. - 7.2 Il *thema decidendum* e la giurisprudenza costituzionale in materia. - 7.3 La decisione della Corte. - 7.4 La [sent. 44/2020](#) e l’art. 40, co. 6, t.u. imm. - 7.5 L’art. 40, co. 1 e 6, t.u. imm: nucleo minimo e livello essenziale del diritto all’abitazione. - 8. Conclusioni: la [sent. 44/2020](#) fra “cittadinanza regionale” e “radicamento nazionale”.

1. Premessa.

La [sentenza n. 44 del 2020](#) della Corte costituzionale si segnala principalmente per due profili: il primo attiene al merito della decisione presa, con la quale la Corte supera le oscillazioni della propria giurisprudenza in materia di requisiti di residenza prolungata (nel territorio regionale) per l’accesso all’edilizia residenziale pubblica (di seguito, ERP), affermando chiaramente la loro incostituzionalità per contrasto con l’art. 3 Cost.; il secondo attiene ad un profilo processuale che il Tribunale di Milano aveva affrontato (la possibile disapplicazione della norma censurata per contrasto con una direttiva europea *self-executing*) e che la Corte non ha trattato.

Il presente commento cerca di esaminare quanto la Corte ha detto e le implicazioni di quello che la Corte... non ha detto sul problema del “doppio vizio” della legge (secondo il giudice *a quo*, la legge regionale contrastava con la Costituzione e con una fonte europea), oggetto nell’ultimo periodo di una giurisprudenza costituzionale che si può considerare in fase di assestamento (v. la [sent. 269/2017](#) e poi le [sentt. 20](#) e [63 del 2019](#) e [11 del 2020](#)).

2. Il giudizio *a quo*

Il giudizio *a quo* trae origine da un ricorso proposto congiuntamente da un cittadino tunisino e dalle associazioni CGIL Lombardia, ASGI (Associazione studi giuridici sull’immigrazione) e NAGA (Associazione volontaria di assistenza socio-sanitaria e per i diritti di cittadini stranieri, rom e sinti), che avevano convenuto la Regione Lombardia tramite l’azione anti-discriminazione di cui all’art. 44 d. lgs. 286/1998 (t.u. immigrazione). I ricorrenti ritenevano che diverse disposizioni del regolamento regionale n. 4 del 2017 (Disciplina della programmazione dell’offerta abitativa pubblica e sociale e dell’accesso e della permanenza nei servizi abitativi pubblici) producessero una «discriminazione indiretta in danno degli stranieri, che godono del diritto alla parità di trattamento nell’accesso all’abitazione» (titolari di protezione internazionale, soggiornanti di lungo periodo e titolari di permesso di soggiorno almeno biennale ai sensi dell’art. 40, comma 6, t.u. immigrazione). Inoltre,

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

era contestata l'esclusione di M. K. dalle graduatorie ERP del Comune di Milano, in quanto privo del requisito della residenza almeno quinquennale in regione, previsto dal regolamento stesso.

I ricorrenti "ventilavano" il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, per accertare la compatibilità dell'art. 22, comma 1, lettera *b*), della legge della Regione Lombardia 8 luglio 2016, n. 16 (Disciplina regionale dei servizi abitativi), con l'art. 11 della direttiva 2003/109/CE, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo. La norma legislativa regionale, "riprodotta" dal regolamento censurato, stabiliva che «[i] beneficiari dei servizi abitativi pubblici devono avere i seguenti requisiti: [...] *b*) residenza anagrafica o svolgimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda». L'art. 11, par. 1, dispone che «[i]l soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: [...] *f*) l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio».

I ricorrenti ipotizzavano anche la rimessione della questione di costituzionalità sulla stessa norma regionale, con riferimento all'art. 3 Cost., all'art. 11 della direttiva 2003/109/CE e all'art. 34 della Carta dei diritti (di seguito, CDF)¹.

3. L'ordinanza di rimessione.

Il Tribunale ordinario di Milano, con un'ordinanza molto argomentata (che ha condotto ad un risultato assai rilevante: v. il § 6), ha sollevato la questione di costituzionalità sull'art. 22, co. 1, lett. *b*), l.r. 16/2016, affrontando però anche il problema del rapporto con il diritto europeo. In particolare, il giudice *a quo* ha verificato la possibilità di "superare" il requisito della residenza prolungata attraverso la disapplicazione della norma legislativa regionale per contrasto con il citato art. 11, par. 1, lett. *f*) della direttiva 2003/109/CE, in base al quale «[i]l soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: [...] l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio».

Il rimettente ha osservato che «[l]'esame della questione di compatibilità con il diritto dell'Unione europea costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di legittimità costituzionale in via incidentale, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio principale (e, pertanto, la rilevanza della questione)», ricordando che, se una direttiva contiene norme sufficientemente precise e incondizionate, «i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato membro, vuoi qualora quest'ultimo abbia omesso di trasporre la direttiva in diritto nazionale entro i termini, vuoi qualora l'abbia recepita in modo non corretto». Nel caso di specie, però, secondo il giudice *a quo*, il citato art. 11, par. 1, lett. *f*) non avrebbe effetto diretto perché, in base al paragrafo 2, «lo Stato membro interessato può limitare la parità di trattamento ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo, o il familiare per cui questi chiede la prestazione, ha eletto dimora o risiede abitualmente nel suo territorio»: dunque, «le previsioni in esame, pur essendo chiare e precise, non sono incondizionate, in quanto prevedono la possibilità di un intervento limitativo dello Stato membro».

¹ Art. 34, § 3: «Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali». Sul diritto all'abitazione nel diritto europeo v. ad es. G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilaastro europeo dei diritti sociali*, in www.federalismi.it, 14.9.2018, § 3. A livello internazionale v. anche l'art. 31 della Carta sociale europea e l'art. 11 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, sui quali si può rinviare all'approfondita analisi di E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, Napoli 2017, 68 ss. e 86 ss.

Per tale ragione il Tribunale di Milano ha sottoposto l'art. 22, co. 1, lett. b), l.r. 16/2016 al controllo di costituzionalità, invocando diversi parametri: a) i principi di eguaglianza formale e sostanziale e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., in quanto la configurazione della residenza (o dell'occupazione) protratta come «condizione dirimente» per l'accesso ai servizi abitativi pubblici non avrebbe «alcun ragionevole collegamento con la funzione sociale dei servizi abitativi pubblici»; b) l'art. 10, terzo comma, Cost. (in quanto la norma censurata si applica anche ai titolari di protezione internazionale e umanitaria, *status* che presuppone «l'impossibilità di fare ritorno nel proprio Paese d'origine», ragion per cui «[l]a possibilità di accedere al servizio di edilizia residenziale, per tali categorie di persone, non può [...] essere ragionevolmente legata al radicamento sul territorio (né tale radicamento può essere ritenuto rispettoso del principio di proporzionalità)»; c) l'art. 117, primo comma, Cost., con riferimento al citato art. 11, par. 1, della direttiva 2003/109/CE.

4. L'errata valutazione del giudice a quo sulla non diretta applicabilità dell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE

Come visto, secondo il giudice *a quo* l'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE (che sancisce il diritto del soggiornante di lungo periodo alla parità di trattamento con riferimento alle procedure di assegnazione degli alloggi), pur essendo chiaro e preciso, non sarebbe incondizionato, in quanto prevede «la possibilità di un intervento limitativo dello Stato membro»².

Il Tribunale di Milano si è soffermato ampiamente sul concetto di norma a effetto diretto³ e sulla giurisprudenza costituzionale relativa alla “doppia pregiudiziale”⁴ ma ha poi escluso in poche righe la diretta applicabilità dell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva.

Questa conclusione, oltre a essere sbrigativa, risulta a mio avviso erronea (v. subito *infra*) e si può supporre che il giudice *a quo* sia stato condizionato da una maggiore propensione per il sindacato di costituzionalità rispetto alla diretta disapplicazione della norma regionale. È da sottolineare che, oltre a escludere la diretta disapplicazione della norma regionale, il giudice non ha neppure avvertito la necessità di chiedere lumi alla Corte di giustizia sulla diretta applicabilità dell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva, benché la sua conclusione non sia sorretta dalla citazione di alcun precedente della stessa Corte⁵.

² In relazione all'ERP, una possibile limitazione è prevista dai paragrafi 2 e 4 dell'art. 11 della direttiva: «[...] lo Stato membro interessato può limitare la parità di trattamento ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo, o il familiare per cui questi chiede la prestazione, ha eletto dimora o risiede abitualmente nel suo territorio [...] Gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali».

³ Sui presupposti dell'efficacia diretta delle norme europee v., ad es., P. COSTANZO, L. MEZZETTI e A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, 5a ed., Torino, 2019, 306 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 6a ed., Milano 2018, 266 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Milano 2018, 199 ss.

⁴ Come noto, fino alla [sent. 269/2017](#) l'assetto dei rapporti fra diritto interno e diritto europeo (e fra Corte costituzionale e Corte di giustizia europea), quale risultante dalla [sent. 170/1984](#) della Corte costituzionale e dalla giurisprudenza successiva, era fondato sul meccanismo della disapplicazione della legge interna contrastante con il diritto europeo *self-executing* e sulla precedenza data alla pregiudiziale europea, in caso di “doppia pregiudiziale”: poiché la non applicabilità della legge interna implicava l'irrelevanza della questione di legittimità costituzionale concernente la legge stessa, in caso di “doppia pregiudiziale” (europea e di costituzionalità), per la Corte costituzionale occorreva prima rivolgersi alla CGE, che si può pronunciare anche sulla diretta applicabilità della norma Ue. V., ad es., G. REPETTO, *Rinvio alla Corte di giustizia UE e doppia pregiudizialità nei recenti orientamenti della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli 2016, 659 ss.

⁵ V. F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali: criteri guida per la scelta del giudice comune tra rinvio pregiudiziale e giudizio di costituzionalità*, in corso di pubblicazione in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli 2020: «La scelta del preventivo ricorso alla questione di costituzionalità, fondata sul motivo che la norma della Carta è priva di efficacia diretta, va effettuata quindi con grande prudenza, ricercando conferma dell'assenza di questa efficacia in pronunce già rese dalla Corte di giustizia. Soltanto se già esiste una pronuncia della Corte di giustizia che afferma l'inesistenza di effetti diretti, lo strumento più diretto ed efficace – per tutelare nel caso di specie il singolo che contesta una legge nazionale – può essere il giudizio

La conclusione del rimettente pare erronea perché la circostanza che il diritto alla parità di trattamento del soggiornante di lungo periodo possa essere in qualche misura limitato non significa che la norma non abbia effetto diretto (v. ad es. sent. Corte di Giustizia *Van Duyn* 4 dicembre 1974, C-41/74, § 4-7 del *Diritto*, e *Baumbast*, 17 settembre 2002, C-413/99, § 84-86 e 94): l'applicabilità dell'art. 11, par. 1, lett. f) non è condizionata ad un ulteriore intervento normativo degli Stati membri ma è solo previsto che essi possano limitare il diritto riconosciuto dallo stesso art. 11; dunque, i soggiornanti di lungo periodo possono far valere davanti al giudice il diritto alla parità di trattamento qualora esso sia compreso al di là delle limitazioni consentite dalla direttiva o qualora esso sia compreso senza che lo Stato abbia introdotto alcuna limitazione⁶.

Le norme europee (di vario livello: diritto primario, principi generali, diritto derivato) che sanciscono il principio generale di uguaglianza (art. 20 CDF), il principio di uguaglianza fra cittadini europei (cioè, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità: art. 18 TFUE e art. 21, par. 2, CDF), le applicazioni specifiche di quest'ultimo (libertà di circolazione delle persone, delle merci e dei servizi, libertà di stabilimento) e i singoli divieti di discriminazione (ad es. artt. 21, par. 1, e 23 CDF; artt. 45 e 157 TFUE) sono esempi "da manuale" di norme cui la Corte di giustizia ha riconosciuto effetto diretto (talora anche nei rapporti orizzontali)⁷: v. ad es., in relazione all'art. 119 Tr. CEE (principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile), la sent. *Defrenne*, 8 aprile 1976, C-43/75; in relazione al principio generale di non discriminazione in base all'età, le tre sentenze *Mangold*, 22 novembre 2005, C-144/04, punti 75 e 77; *Kücükdeveci*, 19 gennaio 2010, C-555/07; *Dansk Industri*, C-441/14, punto 22. La Corte di giustizia ha, ad esempio, evidenziato la differenza tra l'art. 21 CDF (principio di non discriminazione), norma ad effetto diretto, e l'art. 27 CDF (sul diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa)⁸, che non ha effetto diretto in quanto opera un rinvio alla legislazione nazionale (sent. *Association de médiation sociale*, 15 gennaio 2014, C-176/12, punto 47).

La diretta applicabilità dell'art. 11, par. 1, della direttiva 2003/109/CE è ricavabile anche dalla sentenza della Corte di giustizia *Kamberaj*, 24 aprile 2012, C-571/10⁹, riguardante una discriminazione dei soggiornanti di lungo periodo in relazione ad un sussidio per l'alloggio previsto dalla Provincia autonoma di Bolzano. Inoltre, la Cassazione ha affermato la diretta applicabilità del citato art. 11 in relazione all'assegno per il nucleo familiare (v. da ultimo sent. Cass. sez. lavoro, n. 28745/2019¹⁰). Infine, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità di questioni incidentali

incidentale di costituzionalità. Se invece si pone, a monte, un dubbio su questo profilo, l'opportunità di effettuare preventivamente un rinvio pregiudiziale va attentamente soppesata».

⁶ V. ad es. L. DANIELE, *Diritto*, cit., 270: «L'esistenza di norme che consentono agli Stati membri di derogare all'applicazione di un'altra norma per determinati motivi non esclude di per sé l'efficacia diretta di quest'ultima»; v. anche D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano 2018, 204 s.; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna 2008, 49.

⁷ In dottrina v. ad es.. P. COSTANZO, L. MEZZETTI e A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit., 454 ss G. TESAURO, *Manuale*, cit., 163 s.; L. DANIELE, *Diritto*, cit., 264 e 274; V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna 2019, 99, 102 e 107; C. FAVILLI, *Art. 21*, in R. Mastroianni, F. Pappalardo, O. Pollicino (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano 2017, 412 ss.; C. FAVILLI, *La non discriminazione*, cit., 20.

⁸ «Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali».

⁹ V. il § 68: «spetta al giudice del rinvio accertare se il ricorrente nel procedimento principale sia titolare dello status di soggiornante di lungo periodo, cosicché egli possa pretendere, in forza della menzionata direttiva, il beneficio della parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro interessato, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva medesima».

¹⁰ «26. Tali requisiti [precisione e incondizionatezza] ritenuti necessari, in base alla giurisprudenza della Corte GUE [...], per l'efficacia diretta della direttiva, una volta scaduto il termine per il suo recepimento, erano infatti presenti nel caso in esame in quanto i beneficiari della posizione di vantaggio erano determinati (i cittadini non comunitari dotati di permesso di soggiorno di lungo periodo), il contenuto della posizione di vantaggio era specificato (trattandosi di "prestazione essenziale" individuabile dal giudice interno), il soggetto passivo tenuto ad assicurare il vantaggio era

perché il giudice *a quo* non aveva preso in considerazione una norma simile, cioè l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, che riconosce a determinati stranieri il diritto alla parità di trattamento con riferimento al settore della sicurezza sociale ([ord. 52/2019](#)¹¹).

5. Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”: oltre la Carta dei diritti

Il *Fatto* della [sentenza 44/2020](#) riporta il passaggio della motivazione dell'ordinanza in cui il giudice *a quo* esclude di poter “superare” il requisito della residenza protratta tramite la disapplicazione della norma regionale ma tale profilo poi non “riemerge” più. Esso non risulta ripreso dalle parti¹², che, evidentemente, non avevano interesse ad affermare la possibilità di una diretta disapplicazione della norma da parte del giudice *a quo*: la Regione per non smentire la legittimità della norma, i ricorrenti per cercare di arrivare ad un annullamento *erga omnes* della disposizione. Dunque, nessuna eccezione di irrilevanza è stata sollevata in relazione a questo profilo, il che spiega il silenzio della Corte sul punto.

Non avendo la Corte detto nulla sul tema della “doppia pregiudiziale”, sarebbe imprudente formulare ipotesi sul significato di tale silenzio. Si può però cercare di valutare “oggettivamente” il fatto che la Corte ha deciso nel merito una questione relativa ad una norma contrastante con una norma europea *self-executing*¹³.

In altri termini, appurato che il rimettente ha erroneamente escluso l'effetto diretto dell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE (v. il § 4), occorre chiedersi se tale errore potesse aver ripercussioni sull'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale¹⁴.

Come si è visto, la motivazione con cui il giudice *a quo* ha escluso la disapplicazione risulta assai stringata e implausibile, ragion per cui esistevano forse i presupposti per una dichiarazione di irrilevanza delle questioni in quanto la norma censurata contrastava con una norma europea *self-executing*.

Tale conclusione può mutare alla luce delle recenti novità giurisprudenziali in tema di doppia pregiudiziale?

un'autorità pubblica». Alla luce della citata sent. *Kamberaj* (v. i punti 91 e 92), anche l'ERP è da annoverare fra le prestazioni «essenziali».

¹¹ Sulla quale v. F. CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato*, in [Diritto, Immigrazione e Cittadinanza](#), 3/2019.

¹² Peraltro, nel [§ 4 del Fatto](#) la Corte si limita a riferire del deposito di memorie integrative da parte della Regione e delle associazioni, senza specificare gli argomenti svolti nelle memorie stesse.

¹³ Poiché l'eventuale inammissibilità per irrilevanza sarebbe stata rilevabile d'ufficio, una decisione nel merito non può dirsi priva di alcun significato.

¹⁴ O sull'ammissibilità della sola terza questione, riguardante l'applicazione della norma censurata agli stranieri soggiornanti di lungo periodo. In effetti, la Corte ha ricavato dalla disposizione censurata un'unica norma, applicabile a tutti i possibili beneficiari, ma era forse percorribile anche un'altra via, intendendo l'art. 22, comma 1, lett. b) l. reg. Lombardia 16/2016 come se fosse espressivo di una pluralità di norme, richiedenti la residenza (o l'occupazione) ultraquinquennale per gli italiani, per i cittadini Ue, per i soggiornanti di lungo periodo e per gli stranieri di cui all'art. 40, co. 6, t.u. imm. (ai quali si aggiungono, per effetto dell'art. 7, co. 1, lett. a) del regolamento regionale attuativo n. 4 del 2017 e dell'art. 29, co. 3-ter, d. lgs. 251/2007, i titolari di protezione internazionale). Ricavando dalla disposizione censurata una sola norma, applicabile a tutti i beneficiari, si poteva verificare la situazione in cui un italiano (non lombardo), cui era stato negato l'accesso all'ERP per mancanza di residenza ultraquinquennale, chiedesse la disapplicazione del requisito per possibile contrasto con l'art. 21 TFUE, sulla libertà di circolazione dei cittadini Ue, o con l'art. 11 della citata direttiva 2003/109/CE sui soggiornanti di lungo periodo. Invece, scomponendo la disposizione censurata in diverse “frazioni”, tale paradossale situazione sarebbe stata evitata e, in relazione agli italiani, l'eventuale discriminazione avrebbe dovuto essere colpita con lo strumento del sindacato di legittimità costituzionale. Del resto, da un lato l'art. 22, comma 1, avrebbe potuto essere formulato diversamente, elencando i potenziali beneficiari in diverse lettere e richiedendo in ognuna il requisito della residenza protratta, dall'altro gli stessi ricorrenti e lo stesso giudice *a quo* (in parte) hanno censurato il requisito della residenza protratta distinguendo le diverse categorie di soggetti beneficiari.

In sintesi, in base all'attuale orientamento (risultante dalla nota "trilogia" di sentenze: [269/2017](#), [20/2019](#) e [63/2019](#), sintetizzate dall'[ord. 117/2019](#)), la Corte decide nel merito le questioni di costituzionalità, a prescindere dalla possibilità della disapplicazione della legge, di fronte ai casi di "doppio vizio", cioè di contrasto sia con la CDF sia con la Costituzione¹⁵. Nella [sent. 20/2019](#) la Corte ha deciso nel merito una questione in cui il parametro interposto era dato anche da una direttiva (di cui la Corte di giustizia aveva sancito la diretta applicabilità), in quanto essa si trovava «in singolare connessione» con gli artt. 7 e 8 della CDF, in materia di *privacy*.

Ci si potrebbe chiedere se il caso *de quo* (in cui il parametro interposto consisteva solo nella direttiva 2003/109/CE) fosse idoneo a rientrare nel recente filone giurisprudenziale. A me pare che la risposta possa essere positiva (e che quindi la decisione della Corte nel merito sia giustificabile), sulla base dei seguenti argomenti (che richiamano quelli utilizzati dalla Corte nelle [sentt. 269/2017](#), [20/2019](#) e [63/2019](#)):

- la questione è sicuramente «di rango costituzionale» ([sent. 20/2019](#)), riguardando il diritto alla parità di trattamento, tanto è vero che la Corte ha giudicato di questioni simili molte volte, spesso alla luce sia dell'art. 3 Cost. sia di norme europee (v. *infra*);

- il giudice *a quo*, pur non invocando come parametri interposti norme della Carta dei diritti, aveva però richiamato in due punti gli artt. 21 (principio di non discriminazione) e 34 (diritto all'assistenza abitativa) CDF, e pare evidente la connessione tra l'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE e gli artt. 20 (principio di uguaglianza) e 34, par. 3 (diritto all'assistenza abitativa), CDF¹⁶;

- la questione riguarda la ragionevolezza della discriminazione "indiretta" prodotta dalla norma censurata a danno dei soggiornanti di lungo periodo: si tratta dunque di verificare se il legislatore ha varcato i confini della propria discrezionalità e la particolarità di tale giudizio è uno dei motivi all'origine della creazione della Corte costituzionale;

- sussiste anche in questo caso l'opportunità di una pronuncia *erga omnes*, per non rischiare una tutela "a macchia di leopardo" dei diritti fondamentali degli stranieri, sia da parte della p.a. (comuni che decidono sull'accesso all'ERP) sia da parte dei giudici.

Dunque, mi pare che sussistano diversi argomenti idonei a giustificare il fatto che la Corte sia entrata nel merito delle questioni, nonostante il contrasto tra la norma censurata ed una norma europea *self-executing*.

La circostanza che la norma europea in questione fosse contenuta in una direttiva e non nella CDF potrebbe preludere ad un allargamento della recente giurisprudenza della Corte in tema di "doppia pregiudiziale". Può essere interessante segnalare che anche la [sent. 11/2020](#) ha esteso l'ambito di intervento della Corte oltre i confini fissati dalle tre pronunce sopra citate. In quel caso, un Collegio arbitrale aveva censurato una norma legislativa statale che sancisce l'incompatibilità tra qualsiasi lavoro pubblico e privato e la partecipazione a società di capitali titolari di farmacie. Il rimettente aveva invocato, fra l'altro, l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 3 TUE («per la netta definizione di quella europea come "economia sociale di mercato"»¹⁷), all'art. 16 CDF (libertà di impresa) e all'art. 49 TFUE (libertà di stabilimento). L'Avvocatura dello Stato aveva eccepito l'inammissibilità delle questioni, fra l'altro, «per erronea evocazione, come norme interposte, di disposizioni del TUE e del TFUE, che il rimettente avrebbe viceversa dovuto direttamente applicare»¹⁸. La Corte ha respinto l'eccezione osservando che, «qualora sia lo stesso giudice comune,

¹⁵ I contributi sul tema sono ormai innumerevoli: v. ad es., anche per ulteriori citazioni, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 481 ss.; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 615 ss.; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità*, cit.

¹⁶ L'art. 21, par. 2, CDF (principio di non discriminazione in base alla nazionalità) può venire in rilievo per i criteri applicativi di esso, risultanti dalla giurisprudenza, ma non riguarda gli stranieri.

¹⁷ Punto 7.3 dell'ordinanza.

¹⁸ [Punto 1.1.2 del Fatto](#).

nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni, “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” (*ex plurimis*, [sentenza n. 63 del 2019](#))». La Corte ha precisato che «nella fattispecie non vi è dubbio che le ragioni addotte a sostegno della lamentata lesione delle citate disposizioni dell'Unione europea interferiscano con il valore costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata»¹⁹.

Come si può vedere, nella [sent. 11/2020](#) il nuovo orientamento della Corte in materia di “doppia pregiudiziale” (in base al quale il giudice può *scegliere* se disapplicare la legge o sottoporla al giudizio di costituzionalità) viene svincolato dal riferimento alla CDF: quello che conta è che la legge violi anche un diritto garantito da una norma costituzionale, a prescindere dalla norma europea interposta invocata²⁰. È interessante notare che la [sent. 269/2017](#), dopo il famoso *obiter* che ha segnato la svolta nella giurisprudenza della Corte, ha dichiarato l'inammissibilità di determinate questioni perché, nella specie, i ricorrenti nel giudizio *a quo* avevano «dedotto una violazione non di diritti fondamentali codificati nella CDFUE, ma della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea, previste dalle disposizioni dei Trattati (artt. 49 e 56 del TFUE) delle quali è stata invocata la diretta efficacia»²¹. Dunque, mentre la [sent. 269/2017](#) aveva distinto i diritti previsti dalla CDF da quelli previsti dagli artt. 49 e 56 TFUE²², dichiarando l'inammissibilità delle questioni, la [sent. 11/2020](#) ha dato rilievo alla corrispondenza tra la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., al fine di consentire una pronuncia di merito della Corte.

La [sent. 44/2020](#) pare confermare questo sviluppo della giurisprudenza costituzionale. Pur nella diversità delle fattispecie²³, anche la [sent. 44/2020](#) giudica nel merito una questione relativa a una norma legislativa contrastante con una norma europea *self-executing* (non contenuta nella CDF) e lesiva *anche* di un diritto costituzionale.

6. La decisione della Corte: le ragioni della sua importanza

Veniamo ora alla decisione presa dalla Corte. Si tratta di una pronuncia importante, per due motivi.

Il primo è che la Corte dichiara l'illegittimità di una norma (che richiedeva la residenza ultraquinquennale in regione per l'accesso all'ERP) presente da lungo tempo in Lombardia²⁴ e “diffusa” nell'ordinamento. Tale “premio” alla stanzialità regionale, infatti, non era un *unicum* della

¹⁹ [Punto 3.4 del Diritto](#).

²⁰ Sulla possibile interpretazione “sostanzialistica” della [sent. 269/2017](#) v., ad es., M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *DPCE*, 3/2019, 740, che suggeriva di estendere la «precisazione» della [sent. 269/2017](#) ai «principi generali o norme dei trattati corrispondenti per contenuti e struttura a norme della Carta di Nizza e della Costituzione».

²¹ [Sent. 269/2017, punto 5.3](#): «Non si versa, dunque, nei casi sopra indicati in cui la non applicazione trasmoda inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge. Pertanto, il rimettente aveva l'onere di delibare la questione per valutare l'applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame».

²² Sull'opinabilità di tale distinzione v., ad es., C. PADULA, *Il ruolo della Corte costituzionale, fra entropia e discrezionalità. Riflessioni sulla sent. 269/2017 e sui casi relativi alle elezioni politiche*, in *AA.VV., Scritti per Roberto Bin*, Torino 2019, 548.

²³ Nel caso della [sent. 11/2020](#) il giudice *a quo* aveva invocato le norme europee senza soffermarsi sulla loro diretta applicabilità o meno e l'Avvocatura aveva formulato un'espressa eccezione sul punto, “costringendo” la Corte a prendere posizione; invece, nel caso della [sent. 44/2020](#) il rimettente aveva argomentato la non diretta applicabilità della norma europea e nessuna parte aveva eccepito alcunché, consentendo alla Corte di non prendere posizione.

²⁴ V. l'art. 28 l. Lombardia 27/2009 e, prima ancora, l'art. 1 l. Lombardia 7/2005.

Regione Lombardia: norme analoghe esistono nelle regioni Veneto²⁵, Piemonte²⁶, Liguria²⁷, Friuli-Venezia Giulia²⁸, Toscana²⁹, Umbria³⁰, Marche³¹, Abruzzo³², oltre che nella Provincia di Bolzano³³. Altre regioni richiedono una residenza in regione di durata minore: 3 anni l'Emilia-Romagna³⁴ e la Provincia di Trento³⁵, 2 anni la Valle d'Aosta³⁶ (dopo la [sent. della Corte 168/2014](#), che ha annullato il precedente requisito di 8 anni). La Sicilia³⁷ e la Sardegna³⁸ chiedono allo straniero, rispettivamente, 5 anni di residenza in Italia e nel comune interessato. Altre regioni non richiedono alcun periodo minimo di residenza nella regione o nel comune: Lazio³⁹, Campania⁴⁰, Molise⁴¹, Puglia⁴², Basilicata⁴³. La Calabria chiede la residenza da almeno sei mesi in uno dei comuni dell'ambito territoriale, ma in alternativa all'attività lavorativa nello stesso ambito⁴⁴. Dunque, solo cinque regioni risultano "in linea" con la [sentenza 44/2020 della Corte costituzionale](#): le altre dovranno verosimilmente modificare la propria legislazione, salvo rischiare di vederla contestata in via incidentale davanti alla Corte (su ciò v. il § 8).

È poi da ricordare che, in base all'art. 11, co. 2, d.l. 112/2008, il "piano casa"⁴⁵ è rivolto, fra l'altro, a «immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione». Si tratta di una norma derogatoria rispetto a quella generale contenuta nell'art. 40, co. 6⁴⁶, t.u. immigrazione (nel senso che si applica in relazione agli interventi operati in attuazione dell'art. 11 d.l. 112/2008⁴⁷), ma ciò non toglie che il requisito censurato dalla Corte fosse utilizzato anche a livello statale.

²⁵ Art. 25 l.r. 39/2017.

²⁶ Art. 3 l.r. 3/2010.

²⁷ Art. 5 l.r. 10/2004.

²⁸ Art. 17 d.P.Reg. 70/2017.

²⁹ All. A alla l.r. 2/2019.

³⁰ Art. 29 l.r. 23/2003.

³¹ Art. 18 l.r. 36/2005.

³² Art. 2 l.r. 96/1996.

³³ Art. 97 l.p. 13/1998.

³⁴ Delibera del Consiglio regionale 154/2018.

³⁵ Art. 4 l.p. 21/1992.

³⁶ Art. 19 l.r. 3/2013.

³⁷ Art. 8 l.r. 15/1986, specificato dalla circolare ass. 12 maggio 2005.

³⁸ Art. 2 l.r. 13/1989.

³⁹ Art. 11 l.r. 12/1999.

⁴⁰ Art. 2 l.r. 18/1997.

⁴¹ Art. 2 l.r. 12/1998.

⁴² Art. 3 l.r. 10/2014.

⁴³ Art. 3 l.r. 24/2007.

⁴⁴ Art. 10 l.r. 32/1996. La ricerca sulla disciplina delle altre regioni è stata svolta nel gennaio 2020 dal dott. Alberto Di Chiara. Per una "panoramica" non recentissima delle norme regionali che pongono requisiti di residenza prolungata v. F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali*, Napoli 2011, 204 ss.

⁴⁵ Art. 11: «1. Al fine di garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana, è approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, un piano nazionale di edilizia abitativa. 2. Il piano è rivolto all'incremento del patrimonio immobiliare ad uso abitativo attraverso l'offerta di abitazioni di edilizia residenziale, da realizzare nel rispetto dei criteri di efficienza energetica e di riduzione delle emissioni inquinanti, con il coinvolgimento di capitali pubblici e privati, destinate prioritariamente a prima casa per: [...]».

⁴⁶ «Gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica».

⁴⁷ Attuazione andata a rilento, come risulta dalla deliberazione della Corte dei conti, sez. centrale di controllo, n. 20/2011: «visto che le attese finali riposte nella previsione del Programma straordinario e del Piano casa si sono mostrate di incerta o molto lenta realizzazione, il giudizio sulle modalità e tempi di attuazione di tali iniziative, sia pure tutto

Dunque, rispetto ad altri recenti casi di discriminazione indiretta, che si segnalavano per la “singolarità” delle norme regionali censurate dalla Corte (v. le [sentt. 107/2018](#), in materia di asili nido, e 254/2019, in materia di edilizia di culto), la [sent. 44/2020](#) ha un “impatto” maggiore, perché colpisce un requisito utilizzato da molte regioni e anche a livello statale.

La seconda ragione per cui la [sent. 44/2020](#) appare importante è che, in materia di accesso all’ERP, la giurisprudenza costituzionale presentava significative oscillazioni. Addirittura, l’ord. 32/2008 aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione *ex art. 3 Cost.*, con riferimento alla *stessa* norma adottata dalla *stessa* Regione Lombardia, e anche le [sentt. 222/2013](#)⁴⁸ e [106/2018](#) potevano essere invocate a sostegno di una pronuncia di rigetto (v. § 7.2). Dunque, la Corte ha dovuto sciogliere un’incertezza e prendere una posizione: l’ha fatto in modo chiaro, seppur senza confrontarsi espressamente con i propri precedenti divergenti⁴⁹.

7. L’incostituzionalità del requisito di residenza protratta per l’accesso all’ERP

7.1 La norma censurata

Prima di analizzare il contenuto della pronuncia della Corte, è opportuno inquadrare meglio la norma censurata. Come visto, il requisito di residenza protratta per l’accesso all’ERP⁵⁰ è “diffuso” nelle regioni italiane, ma nella regione Lombardia esso presentava le seguenti caratteristiche: a) era richiesto a tutti i potenziali beneficiari (senza distinguere, dunque, tra italiani, cittadini Ue e stranieri)⁵¹; b) il periodo di residenza (o occupazione) ultraquinquennale doveva essere continuativo, per cui avrebbe perso il diritto di chiedere un alloggio ERP anche il lombardo che, pur risiedendo in regione dalla nascita, avesse spostato (nell’ultimo quinquennio) fuori regione la residenza, ad es., per sei mesi per ragioni di studio (salvo riacquistare il diritto dopo cinque anni di residenza in regione); c) la stanzialità non fungeva solo da requisito di accesso ma anche da titolo di preferenza, in quanto l’art. 23, co. 10, lett. d), l.r. 16/2016 prescrive di tener conto, ai fini della graduatoria, «del periodo di residenza nel comune dove è localizzata l’unità abitativa da assegnare e della durata del periodo di residenza in Regione»⁵².

7.2 Il thema decidendum e la giurisprudenza costituzionale in materia

sommato rispettosi delle prescrizioni di legge relative alla loro gestione, non può essere positivo sotto l’aspetto dell’efficacia, efficienza ed economicità della spesa pubblica all’uopo destinata»: § 7 a p. 48.

⁴⁸ Che si segnala per la “dissociazione” fra relatore (Frigo) e redattore (Lattanzi).

⁴⁹ Si tratta verosimilmente di una *scelta* compiuta nella redazione della motivazione. Infatti, a differenza di altri casi, in cui la Corte ha espressamente riferito le precedenti oscillazioni e si è orientata in un determinato senso (v. ad es. la nota [sent. 171/2007](#), che per la prima volta ha annullato un decreto-legge per difetto dei presupposti di necessità e urgenza dopo aver riferito e superato le incertezze della stessa Corte in relazione alla «eventuale efficacia sanante della legge di conversione»: punto 5 del *Diritto*), la Corte – nel punto centrale della motivazione – si è limitata a citare due propri precedenti che confortavano la pronuncia di accoglimento: «Se infatti non vi è dubbio che la *ratio* del servizio è il soddisfacimento del bisogno abitativo, è agevole constatare che la condizione di previa residenza protratta dei suoi destinatari non presenta con esso alcuna ragionevole connessione (sentenze [n. 166 del 2018](#) e [n. 168 del 2014](#))».

⁵⁰ Sull’equivalenza fra ERP e i «servizi abitativi pubblici» di cui all’art. 22 l.r. 16/2016 v. l’art. 43, co. 10, l.r. 16/2016.

⁵¹ Peraltro, fra le altre regioni solo la Sicilia e la Sardegna differenziano gli stranieri dagli altri richiedenti quanto al requisito di “radicamento”.

⁵² Tale norma è stata attuata dall’art. 12 del regolamento attuativo n. 4 del 2017 e dal relativo allegato 1: il risultato è una notevole valorizzazione della stanzialità perché i residenti da lungo tempo nel comune (ove si trova l’alloggio da assegnare) e nella regione ricevono punteggi alti, tali punteggi sono cumulabili e, a parità di punteggio complessivo, i primi criteri di priorità sono la maggiore durata della residenza nel comune e nella regione, e non le condizioni di disagio (familiare, abitativo ed economico): v. l’allegato 1, p. 8, e l’art. 12, co. 3, del regolamento.

Il giudice *a quo* ha opportunamente incentrato la questione sull'art. 3 Cost., senza denunciare la violazione del nucleo minimo del diritto all'abitazione (v. § 7.5) o l'irragionevolezza del bilanciamento tra diritto all'abitazione ed esigenze finanziarie⁵³. In effetti, il caso di specie non era strettamente connesso al tema del bilanciamento tra diritti sociali e esigenze finanziarie: nel caso dell'ERP la limitatezza delle risorse si traduce nell'assegnazione di alloggi in ragione della loro disponibilità, sulla base di una graduatoria, mentre il requisito della residenza ultraquinquennale in regione non garantisce alcun risparmio ma produce solo l'effetto di escludere *a priori* dall'ERP chi è privo del requisito. A riprova di ciò, si può osservare che l'accoglimento della questione non implica alcun maggior esborso a carico dei bilanci comunali: l'effetto diretto è solo di legittimare i soggetti precedentemente esclusi a presentare domanda, mentre l'effetto indiretto è quello di escludere dall'assegnazione alcuni residenti ultraquinquennali a favore di residenti infraquinquennali.

Dunque, il baricentro della questione era la legittimità della deroga al principio di uguaglianza: la mancanza della residenza ultraquinquennale in regione rappresentava una ragionevole causa di esclusione dall'ERP?

La giurisprudenza prevalente della Corte conduceva alla risposta negativa. Infatti, in relazione ai limiti alle prestazioni sociali, la Corte – a partire dalla sentenza “capostipite” [n. 432/2005](#) – ha censurato costantemente le norme che prevedevano requisiti scollegati rispetto alla *ratio* del servizio e ha annullato numerose volte le norme che ponevano la “barriera” della residenza protratta⁵⁴.

Cominciando dalle pronunce più recenti, la Corte ha annullato l'art. 11, comma 13, del d.l. 112/2008, dichiarando «palesamente irragionevole e sproporzionato» il requisito della residenza almeno quinquennale nella medesima regione, previsto dalla norma citata a carico dei soli stranieri (in alternativa alla residenza almeno decennale nel territorio nazionale) per poter usufruire dei contributi integrativi per il pagamento dei canoni di locazione (“bonus affitti”: [sent. 166/2018](#)); ha dichiarato illegittima una norma legislativa della Regione Veneto che riconosceva un «titolo di precedenza per l'ammissione all'asilo nido» ai «figli di genitori residenti in Veneto anche in modo non continuativo da almeno quindici anni o che prestino attività lavorativa in Veneto ininterrottamente da almeno quindici anni» ([sent. 107/2018](#)); ha considerato incostituzionale una legge valdostana che annoverava, fra i requisiti di accesso all'edilizia residenziale pubblica, quello della «residenza nella Regione da almeno otto anni, maturati anche non consecutivamente» ([sent. 168/2014](#)⁵⁵); ha annullato una norma della Provincia di Trento che richiedeva ai cittadini italiani e

⁵³ La giurisprudenza costituzionale (ad es. [sent. 166/2018](#)) ha chiarito che «il legislatore può legittimamente circoscrivere la platea dei beneficiari delle prestazioni sociali in ragione della limitatezza delle risorse destinate al loro finanziamento», ma «la scelta legislativa non è esente da vincoli di ordine costituzionale», che sono i seguenti: a) il rispetto dei vincoli europei; b) il principio di ragionevolezza, che richiede un collegamento tra il limite previsto e la *ratio* della prestazione; c) il rispetto del nucleo minimo del diritto.

⁵⁴ La letteratura in materia è vasta: mi limito a rinviare, anche per ulteriori citazioni, a F. CORVAJA, *Quanto eguali? Cittadini e stranieri tra principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in G. Dolso (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Trieste 2019, 180 ss.; C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *le Regioni*, 5-6/2018, [1170](#); D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in [www.dirittiregionali.it](#), n. 2/2018, [28.8.2018](#); M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *le Regioni*, 5-6/2018, 1138 ss.; E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., 56 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino 2013, in part. 54 ss., 133 ss. e 209 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti e l'eguaglianza*, in *Questione giustizia*, 2009, 87 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, in *le Regioni*, 2008, 1099 ss. Per contributi più generali v., ad es., A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, e A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, entrambi in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma 2011, 15 ss. e 96 ss.

⁵⁵ La Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, lettera b), della legge della Regione Valle d'Aosta n. 3 del 2013, nella parte in cui indica, fra i requisiti di accesso all'edilizia residenziale pubblica, quello della «residenza nella Regione da almeno otto anni, maturati anche non consecutivamente», per violazione dell'art. 3 e dell'art. 117, primo comma, Cost. in riferimento all'art. 21, paragrafo 1, del TFUE, all'art. 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE, nonché all'art. 11, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2003/109/CE».

dell'Ue la residenza triennale per beneficiare dell'assegno di cura ([sent. 172/2013](#)⁵⁶) e agli stranieri extracomunitari il possesso del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo ([sent. 172/2013](#)); ha annullato una norma della Regione Trentino-Alto Adige che richiedeva, quale condizione per l'erogazione ai cittadini stranieri extracomunitari dell'«assegno regionale al nucleo familiare per i figli ed equiparati», il «possesso della residenza in regione da almeno cinque anni» ([sent. 133/2013](#)); ha annullato una norma della Regione Calabria nella parte in cui, con riguardo ai cittadini extracomunitari, limitava l'accesso al Fondo regionale per la non autosufficienza ai soli soggetti che, oltre a risiedere in Calabria, erano in possesso della carta di soggiorno ([sent. 4/2013](#)); ha annullato norme della Provincia di Bolzano che richiedevano agli stranieri extracomunitari «un periodo minimo di cinque anni di ininterrotta residenza e dimora stabile in provincia di Bolzano» per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale aventi «natura economica», alle «agevolazioni per la frequenza di una scuola fuori della provincia di Bolzano» e alle «prestazioni di natura economica per il diritto allo studio universitario» ([sent. 2/2013](#)⁵⁷); ha annullato una norma della Provincia di Bolzano che richiedeva ai cittadini dell'Unione europea la residenza ininterrotta per un anno nella Provincia per usufruire delle sovvenzioni previste per l'apprendimento delle lingue straniere ([sent. 2/2013](#)); ha annullato una norma del Friuli-Venezia Giulia che rendeva accessibile il sistema integrato di interventi e servizi sociali della Regione soltanto ai cittadini comunitari ivi residenti «da almeno trentasei mesi» ([sent. 40/2011](#)⁵⁸); ha annullato una norma della Lombardia che non includeva i cittadini stranieri, residenti nella Regione, fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili ([sent. 432/2005](#)⁵⁹).

Tale orientamento è stato precisato con la [sent. 222/2013](#)⁶⁰, che ha dato rilievo alla «dimensione regionale» in relazione alle provvidenze legate non ai bisogni della persona ma al «sostegno dei membri della comunità»⁶¹.

⁵⁶ «[N]on è dato riscontrare proprio tale ragionevole correlazione tra l'impugnato presupposto di ammissibilità al beneficio (residenza protratta nel tempo) e gli altri peculiari requisiti (situazione di bisogno e di disagio anche economico riferibili direttamente alla persona non autosufficiente in quanto tale), che costituiscono le condizioni di fruibilità della provvidenza in esame».

⁵⁷ «Se la necessità del concorso rende legittima la previsione di forme di graduazione tra gli aventi diritto, esse devono tuttavia sempre avere un nesso con il bisogno e la meritevolezza dello studente: il che non può dirsi per la durata della residenza in Provincia».

⁵⁸ Sulla quale v. F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *le Regioni*, 2011, 1257 ss.

⁵⁹ Commentata da M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *le Regioni*, 2006, 510 ss. (519: l'art. 3 Cost. richiede «la coerenza tra la discriminazione effettuata e gli obiettivi perseguiti dalla norma rispetto alla quale la differenziazione è introdotta»). Sull'illegittimità dell'esclusione dello straniero dai benefici assistenziali v. anche il filone di sentenze riguardante l'art. 80, co. 19, l. 388/2000 e F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare*, cit.

⁶⁰ Sulla quale v. D. MONEGO, *La «dimensione regionale» nell'accesso alle provvidenze sociali*, in *le Regioni*, 2014, 244 ss.

⁶¹ In base a tale criterio, la [sent. 222/2013](#), da un lato, ha annullato una norma friulana «nella parte in cui per il solo straniero subordina l'accesso ai benefici [di vario tipo] al requisito della residenza in Italia da non meno di cinque anni», per violazione dell'art. 3 Cost., e norme friulane relative al «contrasto dei fenomeni di povertà e disagio sociale» e al diritto allo studio, «nella parte in cui tali disposizioni subordinano l'accesso alle prestazioni sociali da esse regolate al requisito della residenza nel territorio regionale da almeno 24 mesi, e non al solo requisito della residenza nella Regione»; dall'altro, ha fatto salve le norme del Friuli-Venezia Giulia che fissavano il requisito della residenza nel territorio regionale da almeno 24 mesi, con riferimento agli assegni di sostegno alla natalità (anche la [sent. 141/2014](#) ha fatto salvo il requisito della residenza biennale per il c.d. bonus bebè: «non è irragionevole la previsione regionale che si limiti a favorire la natalità in correlazione alla presenza stabile del nucleo familiare sul territorio, senza che vengano in rilievo ulteriori criteri selettivi concernenti situazioni di bisogno o disagio, i quali non tollerano di per sé discriminazioni»), all'accesso ad abitazioni in locazione, al sostegno in caso di contrazione del reddito familiare, alla fruizione di beni e servizi e all'eventuale riduzione di imposte e tasse per mezzo della «Carta Famiglia» e per mezzo di *vouchers* volti a favorire il reinserimento lavorativo dei genitori, agli interventi di edilizia convenzionata ed agevolata.

Proprio in relazione all'edilizia residenziale pubblica, però, nella giurisprudenza costituzionale si trovano talora affermazioni di segno diverso ([sentt. 106/2018](#)⁶² e [222/2013](#) e [ord. 32/2008](#)). Nella [sent. 44/2020](#) la Corte, come accennato, ha aderito al filone prevalente senza confrontarsi con questi precedenti di segno opposto. L'implicita "presa di distanza" della Corte è comunque condivisibile per due ragioni.

La prima è che le tre pronunce citate (che hanno "avallato" il requisito della residenza protratta per l'accesso all'ERP) trovano la propria origine nel travisamento di un precedente, cioè della [sent. 432/2005](#), che, in realtà, come detto, è la "capostipite" dell'orientamento maggioritario⁶³. Tale pronuncia ha annullato una norma regionale che discriminava gli stranieri osservando che, «mentre la residenza, rispetto ad una provvidenza regionale, appare un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio – a conclusioni diverse deve pervenirsi per la cittadinanza». Dunque, la [sent. 432/2005](#) non ha affatto avallato i requisiti di residenza prolungata ma solo il criterio della residenza *tout court*. L'origine del travisamento si ha con l'[ord. 32/2008](#)⁶⁴, che ha fatto salva proprio una norma legislativa in tema di ERP, uguale all'art. 22, co. 1, lett. b) l.r. 16/2016, basandosi esclusivamente sul rinvio a due precedenti: la [sent. 432/2005](#) (che, come visto, è stata travisata) e la [sent. 493/1990](#), che risulta non del tutto pertinente⁶⁵. Questa coppia di precedenti ([sent. 432/2005](#) e [ord. 32/2008](#)) è stata poi ripresa dalle [sentt. 222/2013](#) e [106/2018](#), che contengono – a sostegno dell'ammissibilità del requisito della residenza protratta per l'accesso all'ERP – argomenti ulteriori⁶⁶.

La [sent. 168/2014](#) prova a conciliare i due filoni, citando la [sent. 222/2013](#) (là dove ammette il requisito di residenza protratta) ma ribadendo anche il criterio del nesso tra il limite introdotto e la situazione di bisogno. In realtà, la conciliazione appare difficile, perché lo sbarramento della

⁶² La [sent. 106/2018](#), pur annullando una norma ligure che richiedeva, per l'accesso all'ERP, la residenza «da almeno dieci anni consecutivi nel territorio nazionale», per violazione della direttiva 2003/109/CE e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, e pur precisando che il diritto sociale all'abitazione «è diritto attinente alla dignità e alla vita di ogni persona e, quindi, anche dello straniero presente nel territorio dello Stato», ha premesso che «questa Corte, in altre occasioni, ha affermato che le politiche sociali delle Regioni ben possono richiedere un radicamento territoriale continuativo e ulteriore rispetto alla sola residenza ([sentenza n. 432 del 2005](#); [ordinanza n. 32 del 2008](#)); e, in linea con tale affermazione, ha argomentato che l'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, per un verso, si colloca a conclusione del percorso di integrazione della persona presso la comunità locale e, per altro verso, può richiedere garanzie di stabilità, che, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia. Ma ciò sempreché un tale più incisivo radicamento territoriale, richiesto ai cittadini di paesi terzi ai fini dell'accesso alle prestazioni in questione, sia contenuto entro limiti non arbitrari e irragionevoli ([sentenza n. 222 del 2013](#))». Inoltre, la [sent. 106/2018](#) ha escluso che la norma regionale censurata si potesse giustificare con l'art. 11 d.l. 112/2008 osservando che «[t]ale normativa, nell'includere gli "immigrati regolari a basso reddito" tra le categorie di soggetti che possono beneficiare del "Piano casa", richiede bensì, per gli stessi, una residenza "da almeno dieci anni nel territorio nazionale", ma ciò – diversamente dalla odierna legge della Regione Liguria – come requisito (non già cumulativo, bensì) solo "alternativo" rispetto al requisito, di per sé sufficiente, della residenza "da almeno cinque anni nella medesima regione": dunque, la [sent. 106/2018](#) pareva "avallare" il requisito della residenza ultraquinquennale in regione.

⁶³ Infatti, è citata in quasi tutte le sentenze sopra menzionate, che hanno censurato i requisiti di residenza protratta.

⁶⁴ Criticata da A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti e l'eguaglianza*, cit., 97, che parla di «manipolazione dei precedenti», e da F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *le Regioni*, 2008, 611 ss.

⁶⁵ La [sent. 493/1990](#) si è pronunciata su una norma siciliana contestata nella parte in cui non includeva il limite massimo del reddito fra i requisiti per l'inserimento nella graduatoria degli aspiranti alla assegnazione di un alloggio eseguito con la contribuzione pubblica. Essa, dunque, si sofferma sul requisito della residenza protratta solo incidentalmente e, inoltre, la norma censurata non riguardava gli «usuali programmi di edilizia sovvenzionata, che hanno normalmente come scopo principale quello di fornire un'abitazione, ovvero un'abitazione più adeguata, a nuclei familiari che non hanno risorse economiche sufficienti per provvedervi autonomamente», ma una legge che aveva «l'obiettivo del completo risanamento di alcune zone del territorio del Comune di Messina, con l'abbattimento e la sostituzione di tutte le abitazioni precarie o degradate ancora esistenti».

⁶⁶ Vedili riportati nella nota 62. È significativo che la [sent. 222/2013](#) citi la [sent. 432/2005](#) prima *contro* il requisito di residenza protratta (punto 6) e poi *a favore* (punto 10, tramite la citazione dell'[ord. 32/2008](#)).

residenza protratta impedisce *a priori* di prendere in considerazione anche le situazioni di maggior bisogno.

La seconda ragione è che gli argomenti utilizzati dalla [sent. 222/2013](#) (e ripresi dalla [sent. 106/2018](#)) appaiono poco convincenti. Il primo argomento⁶⁷ non persuade sia perché scardina le fondamenta dello Stato costituzionale unitario (v. il § 8) sia per una sorta di contraddizione interna: se un bene è «di primaria importanza», l'accesso ad esso non può essere consentito solo alla fine del percorso di integrazione del soggetto presso la comunità locale⁶⁸. Se il servizio abitativo è una prestazione «essenziale», che fa fronte a «necessità elementari» e che serve «a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti» (v. la citata sent. *Kamberaj* e la giurisprudenza costituzionale citata nel punto 3 della [sent. 44/2020](#)⁶⁹), pare inaccettabile che le regioni richiedano una particolare integrazione presso la comunità locale, perché quel servizio attiene alla dimensione intima della persona e allo svolgimento della sua personalità in un nucleo familiare separato dall'esterno (formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost.): ferma restando la possibilità di una disciplina nazionale relativa agli stranieri (v. § 8).

Quanto al secondo argomento (l'esigenza di stabilità o di «radicamento»)⁷⁰, si tratta della giustificazione addotta – a difesa della norma censurata – dalla Regione Lombardia nel giudizio deciso dalla [sent. 44/2020](#), che l'ha respinta con considerazioni difficilmente confutabili (v. § 7.3).

La [sent. 44/2020](#) si è dunque collocata nella scia dell'orientamento prevalente, in particolare di tre decisioni dell'ultimo periodo che pure avevano censurato norme contemplanti requisiti di residenza protratta: due sempre in materia di alloggi ([166/2018](#) e [168/2014](#)) e una in materia di asili-nido ([107/2018](#)).

7.3 La decisione della Corte

Il risultato maggiore della [sent. 44/2020](#) è già stato sottolineato (§ 6): essa supera le precedenti oscillazioni in tema di requisiti di residenza protratta per l'accesso all'ERP, non solo per l'esito di accoglimento ma anche per la nettezza di alcuni passaggi della motivazione.

A questo proposito viene in rilievo soprattutto la parte della pronuncia che «smonta» l'argomento della stabilità del richiedente, addotto dalla Regione a giustificazione della norma censurata e utilizzato anche in due precedenti della Corte⁷¹ per far salvi i requisiti di residenza protratta per l'accesso all'ERP⁷². La [sent. 44/2020](#) afferma in modo chiaro che: a) la residenza protratta in regione «non è di per sé indice di un'elevata probabilità di permanenza in un determinato ambito territoriale»: «evitare il “rischio di instabilità” del beneficiario dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica» è un «obiettivo che dovrebbe invece essere perseguito avendo riguardo agli indici di probabilità di permanenza per il futuro», più che ad una situazione passata⁷³; b) comunque, «[l]a prospettiva della

⁶⁷ «l'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, per un verso, si colloca a conclusione del percorso di integrazione della persona presso la comunità locale».

⁶⁸ V. anche F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., 212.

⁶⁹ V. poi il d.m. 22 aprile 2008 («L'alloggio sociale si configura come elemento essenziale del sistema di edilizia residenziale sociale costituito dall'insieme dei servizi abitativi finalizzati al soddisfacimento delle esigenze primarie») e l'art. 11, co. 7, d.l. 112/2008 (che parla di «servizio abitativo finalizzato al soddisfacimento di esigenze primarie»).

⁷⁰ «l'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, [...] per altro verso, può richiedere garanzie di stabilità, che, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia».

⁷¹ [Sentt. 106/2018](#) e [222/2013](#).

⁷² Un altro argomento talora speso a sostegno del requisito di residenza protratta è quello del «contributo pregresso» al sistema di *welfare* regionale, nel senso che le prestazioni sociali dovrebbero essere riservate a chi ha contribuito in passato, con il pagamento dei tributi, al sostegno della comunità: ma la [sent. 107/2018](#) della Corte costituzionale ha dimostrato con numerosi argomenti che si tratta di una giustificazione del tutto fallace.

⁷³ Sul tema v. F. BIONDI DAL MONTE, *Radicalamento territoriale e accesso dei minori agli asili nido*, in *Studium juris*, 2019, 449: «potrebbero invece essere esplorati altri possibili criteri di accesso al welfare basati sul legame di fatto tra

stabilità può rientrare tra gli elementi da valutare in sede di formazione della graduatoria [...] ma non può costituire una condizione di generalizzata esclusione dall'accesso al servizio», cioè non può fungere da soglia di accesso⁷⁴.

Il primo assunto era già emerso nella giurisprudenza costituzionale⁷⁵ e soprattutto in quella europea⁷⁶ e pare difficilmente confutabile: è chiaro, ad es., che un venticinquenne senza lavoro e figli, da sempre residente in regione, offre meno garanzie di stabilità rispetto a un neoresidente che ha determinati legami col territorio (lavoro stabile, frequenza di corsi universitari o di formazione, figli frequentanti scuole in zona ecc.)⁷⁷.

Il secondo assunto, invece, pare rappresentare una novità⁷⁸: la Corte esclude che il “radicamento territoriale” possa fungere da soglia di accesso, in quanto si negherebbe qualsiasi rilievo al bisogno del richiedente. Ciò conduce a negare compatibilità costituzionale a qualunque requisito di accesso incentrato sul “radicamento territoriale” del soggetto, anche se di breve durata. Del resto, la [sent. 44/2020](#) non dà mai rilievo all'entità del periodo di residenza richiesto ai fini dell'illegittimità della norma regionale censurata e ribadisce quanto già osservato nella [sent. 107/2018](#), cioè che il requisito della residenza protratta integra di per sé una condizione che può precludere in concreto a un determinato soggetto l'accesso alle prestazioni pubbliche sia nella regione di attuale residenza sia in quella di provenienza (nella quale non è più residente). In effetti, sotto questo profilo la norma censurata risultava più “arretrata” della legge Crispi n. 6972/1890 sulle Ipab, in base alla quale il «povero» manteneva il «domicilio di soccorso» nel comune *a quo*, fino all'acquisto di esso nel comune *ad quem* (art. 72)⁷⁹.

7.4 La [sent. 44/2020](#) e l'art. 40, comma 6, t.u. immigrazione

È ora il momento di dedicare qualche parola all'art. 40, comma 6, t.u. immigrazione, in base al quale «[g]li stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica [...]».

l'individuo e la comunità, finalizzati ad esempio a rilevare la stabilità della presenza su quel territorio con uno sguardo rivolto non soltanto al passato, e cioè alla durata della residenza fino a quel momento maturata, ma anche, in prospettiva futura (es. numero di figli, bambini in età scolare che frequentano le scuole della Regione, tipologia di contratto lavorativo, frequenza di un corso universitario, ecc.)».

⁷⁴ Anche la [sent. 168/2014](#) nota che il requisito della residenza prolungata era presupposto di ammissione all'ERP e non «mera regola di preferenza». Si può aggiungere che pare paradossale porre una condizione di stabilità per l'accesso all'ERP, quando è la stessa assegnazione dell'alloggio che garantisce una certa stabilità del soggetto.

⁷⁵ V. esplicitamente le [sentt. 166/2018](#) e [222/2013](#) e, implicitamente, la [sent. 168/2014](#).

⁷⁶ La Corte di Giustizia ha censurato i requisiti di residenza pregressa quando il criterio adottato era «troppo esclusivo», potendo sussistere altri elementi rivelatori del «nesso reale» tra il richiedente e lo Stato: ad es. sent. 26 febbraio 2015, C-359/13, *B. Martens contro Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap*, e sent. 21 luglio 2011, C-503/09, *Stewart c. Secretary of State for Work and Pensions*.

⁷⁷ Si può anche aggiungere che più significativa ai fini della stabilità sarebbe la residenza protratta nel *comune* o comunque nell'ambito territoriale in cui è situato l'alloggio, perché essa sarebbe indice perlomeno di legami sociali nella zona, mentre la residenza protratta nella *regione* può implicare legami sociali (parenti, amici) a notevole distanza dal luogo dell'alloggio.

⁷⁸ La [sent. 166/2018](#) ha annullato il requisito della residenza almeno quinquennale nella medesima regione per il “bonus affitti” ma pare ammettere che un altro indice di radicamento sia condizione di accesso: «[r]esta ferma ovviamente la possibilità che il legislatore individui altri indici di radicamento territoriale e sociale a cui *subordinare* l'erogazione del sostegno al canone di locazione ed altri sussidi per l'alloggio, nei limiti imposti dal principio di non discriminazione e di ragionevolezza» (enfasi aggiunta).

⁷⁹ Su ciò V. F. CORVAJA, *Lo straniero nella città: la cittadinanza amministrativa*, in F. Pizzolato – A. Scalone – F. Corvaja (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Torino 2019, 140 s.

Si tratta di una norma che il giudice *a quo* non ha invocato come parametro, benché possa essere considerata un livello essenziale di una prestazione sociale, in relazione agli stranieri⁸⁰: il che avrebbe forse consentito di ipotizzare un contrasto tra la norma regionale censurata (che derogava *in pejus* al livello essenziale) e l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. Inoltre, la Corte non ha utilizzato l'art. 40, co. 6, a sostegno della irragionevolezza della norma regionale (verosimilmente in quanto l'art. 40 riguarda solo gli stranieri), benché in passato avesse attribuito specifico rilievo, ai fini del sindacato di ragionevolezza, al contrasto tra le norme regionali e quelle del t.u. immigrazione, censurando una legge lombarda che escludeva gli stranieri da un beneficio in materia di trasporto pubblico, in difformità dall'art. 41 t.u., in quanto priva di una «trasparente e razionale “causa giustificatrice”, idonea a “spiegare”, sul piano costituzionale, le “ragioni” poste a base della deroga» ([sent. 432/2005](#))⁸¹: così come era priva di una causa giustificatrice la deroga apportata all'art. 40, co. 6, t.u. imm. dalla norma lombarda annullata dalla [sent. 44/2020](#), per le ragioni già viste.

7.5 L'art. 40, co. 1 e 6, t.u. imm: nucleo minimo e livello essenziale del diritto all'abitazione

Non è raro che in dottrina (e anche in giurisprudenza) i concetti di nucleo minimo del diritto e livello essenziale della prestazione vengano confusi: essi vanno in realtà distinti, benché la nostra Costituzione (a differenza di altre: v. l'art. 19, par. 2, GG⁸² e l'art. 53 Cost. spagnola) menzioni solo il secondo nell'art. 117, secondo comma, lett. m). Il nucleo minimo del diritto fondamentale è un limite che la Costituzione (implicitamente) pone alla scelta del legislatore: questo può bilanciare e differenziare ragionevolmente quello che “sta sopra” il nucleo minimo ma deve rispettare il nucleo stesso (v. ad es. le sentt. [Corte cost. 55/2019](#), in materia di indennizzo per sindrome da talidomide, [20/2019](#), in materia di diritto alla trasparenza amministrativa, [275/2016](#)⁸³, in materia di trasporto degli

⁸⁰ Il primo «livello normativo» dell'ERP riguarda la «determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti» e in «tale determinazione – che, qualora esercitata, rientra nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. – si inserisce la fissazione di principi che valgano a garantire l'uniformità dei criteri di assegnazione su tutto il territorio nazionale»: [sent. 121/2010](#). Sul tema del rapporto tra diritti e potere amministrativo v. ad es. A. D'ALOIA, *Il Giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la “maschera” dell'interesse legittimo)*, in P. Bonetti – A. Cassatella – F. Cortese – A. Deffenu – A. Guazzarotti (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino 2012, 578: «l'interesse legittimo appare tutt'altro che incompatibile con la nozione di diritto fondamentale (costituzionale), anzi può essere una sua manifestazione, quando il diritto fondamentale incontra l'esercizio del potere amministrativo».

⁸¹ [Sent. 432/2005](#): «Questa disposizione [art. 41] – al pari delle altre contenute nel medesimo testo unico – costituisce, a norma dell'art. 1, comma 4, del medesimo decreto legislativo n. 286 del 1998, principio fondamentale “ai sensi dell'art. 117 della Costituzione” (ovviamente nel testo allora vigente) “nelle materie di competenza legislativa delle regioni”, fra le quali rientra quella del trasporto regionale. Un principio, dunque, il quale – al di là del diverso risalto che ad esso può annettersi nel quadro della nuova distribuzione della potestà legislativa tra Stato e Regioni – ben può essere richiamato come necessario paradigma sulla cui falsariga calibrare l'odierno scrutinio di ragionevolezza; e ciò in quanto, proprio avuto riguardo al rilievo generale che quel principio continua a svolgere nel sistema, qualsiasi scelta del legislatore regionale che introducesse rispetto ad esso regimi derogatori – come senz'altro è avvenuto nella disposizione oggetto di impugnativa – dovrebbe permettere di rinvenire nella stessa struttura normativa una specifica, trasparente e razionale “causa giustificatrice”, idonea a “spiegare”, sul piano costituzionale, le “ragioni” poste a base della deroga. [...] Non essendo, quindi, enucleabile dalla norma impugnata altra *ratio* che non sia quella di introdurre una preclusione destinata a scriminare, dal novero dei fruitori della provvidenza sociale, gli stranieri in quanto tali, ne deriva la illegittimità costituzionale *in parte qua* della norma stessa, per violazione dell'art. 3 della Costituzione». Su tale punto della [sent. 432/2005](#) v. F. CORVAJA, *Quanto eguali?*, cit., 157.

⁸² «In no case may the essence of a basic right be affected».

⁸³ La Corte costituzionale ha annullato una norma legislativa regionale in quanto rendeva incerto il finanziamento del servizio di trasporto degli studenti disabili, osservando che la discrezionalità del legislatore trova un «limite invalicabile nel “rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati” ([sentenza n. 80 del 2010](#)), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto» ([sent. 275/2016](#), nella quale si afferma, fra l'altro, che «[è] la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»). Per fare un altro esempio, la [sent. 309/1999](#) ha dichiarato l'illegittimità della norma legislativa che non prevedeva «forme

studenti disabili, [87/2013](#), in materia di indennità di malattia del lavoratore sottoposto a dialisi). Tale limite viene presidiato dalla Corte costituzionale e anche dal giudice ordinario, ritenendosi che la p.a. non abbia il potere di incidere sul nucleo minimo dei diritti fondamentali⁸⁴.

I livelli essenziali delle prestazioni rappresentano, invece, il contenuto di una scelta del legislatore statale e un limite che esso pone al legislatore regionale e alla p.a.⁸⁵. Si tratta di una competenza esclusiva statale prevista al fine di conciliare l'uguaglianza tra i privati con l'autonomia degli enti territoriali ([sentt. 282/2002](#) e [88/2003](#)⁸⁶). Il nucleo minimo va garantito (dai giudici) a prescindere da considerazioni di ordine finanziario, i livelli essenziali vanno determinati (dal legislatore) tenendo conto delle risorse disponibili⁸⁷.

Detto ciò, l'art. 40 differenzia l'accesso degli stranieri all'ERP sia rispetto alle prestazioni abitative "di emergenza" (per le quali basta lo *status* di straniero regolarmente soggiornante)⁸⁸ sia rispetto alle altre prestazioni sociali (per le quali basta il «permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno»: art. 41 t.u. imm.⁸⁹), richiedendo uno *status* che garantisca una certa stabilità e una certa integrazione nella comunità nazionale (carta di soggiorno o permesso di soggiorno almeno biennale unito ad una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo)⁹⁰.

Questo approccio al tema dell'alloggio pare condivisibile: se è vero che il diritto all'abitazione è un diritto inviolabile, pare necessario distinguere – come per altri diritti inviolabili – il nucleo minimo

di assistenza sanitaria gratuita» a favore dei cittadini italiani indigenti che si trovavano temporaneamente all'estero per motivi diversi dal lavoro. Anche in questo caso la Corte ha invocato il «nucleo irriducibile del diritto alla salute». V. anche la [sent. 67/1990](#) in materia di diritto alla difesa.

⁸⁴ Non esistendo un potere amministrativo, il giudice ordinario può ordinare un *non facere* o un *facere* alla p.a., come è stato confermato dalla Cassazione soprattutto in materia di diritto alla salute: v. ad es. Cass., s.u., 8.11.2006, n. 23735, in materia di elettrodotti. Sul tema v., ad es., A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, e G. MONACO, *Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, entrambi in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli 2013, 162 ss., 178 ss. e 425 ss.; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino 2017, 54 ss.; F. URBANI, *La Cassazione torna a occuparsi del rapporto tra riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Corr. giur.*, 2017, 649 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2016, 120 ss.

⁸⁵ V. ad es. C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in AA. VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino 2010, 60 ss.: «i "lep" si affermano mediante la legge, il "contenuto essenziale" (di solito) contro la legge» (64); v. anche R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, 43 s.

⁸⁶ «L'inserimento nel secondo comma dell'art. 117 del nuovo Titolo V della Costituzione, fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato, della "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto».

⁸⁷ La differenza tra nucleo minimo e LEP emerge dallo stesso dPCm 12.1.2017, che definisce i LEA sanitari: v. ad es. l'art. 4, co. 2 (che prevede prestazioni che difficilmente si possono ricondurre al nucleo minimo del diritto), e l'art. 63, che prevede prestazioni "minime" spettanti anche agli stranieri irregolari. Sui LEP v. ad es. L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde, *op. cit.*, 103 ss.; M. CARTABIA, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro su "Livelli essenziali delle prestazioni e condizione giuridica dello straniero"*, in AA. VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo*, cit., 543 ss.; C. PANZERA, *op. cit.*, 57 ss. Sul nucleo minimo v. anche A. MANGIA, *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria*, in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde, *op. cit.*, 592 ss.

⁸⁸ Art. 40, co. 1: «Le regioni, in collaborazione con le province e con i comuni e con le associazioni e le organizzazioni di volontariato predispongono centri di accoglienza destinati ad ospitare, anche in strutture ospitanti cittadini italiani o cittadini di altri Paesi dell'Unione europea, stranieri regolarmente soggiornanti per motivi diversi dal turismo, che siano temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza». La [sent. 61/2011](#) ha fatto salva una legge regionale che estendeva i centri di accoglienza agli stranieri irregolari.

⁸⁹ Peraltro, tale norma è stata implicitamente modificata dall'art. 80, co. 19, l. 388/2000, oggetto di plurime dichiarazioni di illegittimità costituzionale.

⁹⁰ Sull'art. 40 t.u. imm. v. ad es. A. RANDAZZO, *Il "diritto all'abitare" al tempo delle migrazioni*, in *Dirittifondamentali.it*, 3.3.2019, § 6.

del diritto da quello che “sta sopra”. La sistemazione temporanea in un centro di accoglienza⁹¹ soddisfa il nucleo minimo del diritto all’abitazione, mentre l’assegnazione dell’alloggio ERP attua in modo completo il diritto inviolabile al bene primario dell’abitazione⁹². A sostegno di tale assunto si può richiamare l’art. 31 della Carta sociale europea⁹³, che, menzionando il concetto di *housing of an adequate standard* e di *homelessness*, potrebbe essere utilizzato per individuare il nucleo minimo del diritto all’abitazione, consistente nel diritto di avere una sistemazione salubre e fornita degli elementi essenziali⁹⁴.

Se si volesse sostenere che “abitazione” è solo un alloggio vero e proprio e non il centro di accoglienza, e che dunque la negazione dell’alloggio ERP viola il nucleo minimo del diritto, occorrerebbe accettare le seguenti conseguenze: a) sussisterebbe un diritto incompressibile all’alloggio ERP, che chiunque potrebbe far valere davanti al giudice ordinario e che dovrebbe essere assicurato a prescindere da ogni considerazione di natura finanziaria; b) l’ERP ricadrebbe nell’ambito di applicazione dell’art. 2, co. 1, t.u. imm.⁹⁵ e, dunque, dovrebbe essere accessibile anche da parte degli stranieri irregolari.

L’inaccettabilità di tali conseguenze pare costituire una conferma del fatto che la distinzione tra centri di accoglienza e alloggi ERP (operata dall’art. 40 t.u. imm.) risulta condivisibile: dunque, all’interno dell’art. 40 il comma 1 riguarda il nucleo minimo del diritto, mentre il comma 6 fissa un livello essenziale della prestazione abitativa in relazione agli stranieri.

8. Conclusioni: la [sent. 44/2020](#) fra “cittadinanza regionale” e “radicamento nazionale”

L’affermazione nuova (§ 7.3) compiuta dalla [sent. 44/2020](#) solleva un dubbio: la condizione di “radicamento” posta dall’art. 40, co. 6, t.u. imm. è diventata “a rischio” di incostituzionalità a seguito della [sent. 44/2020](#)? La lettera di tale pronuncia (secondo la quale la prospettiva di stabilità non può fungere da soglia di accesso, perché si negherebbe qualsiasi rilievo al bisogno del richiedente) potrebbe legittimare la risposta positiva ma una riflessione ulteriore induce a ritenere poco probabile che la Corte accolga un’eventuale questione sollevata sull’art. 40, co. 6, t.u. imm. per il fatto che esso

⁹¹ Art. 40, co. 3: «Per centri di accoglienza si intendono le strutture alloggiative che, anche gratuitamente, provvedono alle immediate esigenze alloggiative ed alimentari, nonché, ove possibile, all’offerta di occasioni di apprendimento della lingua italiana, di formazione professionale, di scambi culturali con la popolazione italiana, e all’assistenza socio-sanitaria degli stranieri impossibilitati a provvedervi autonomamente per il tempo strettamente necessario al raggiungimento dell’autonomia personale per le esigenze di vitto e alloggio nel territorio in cui vive lo straniero».

⁹² V. la stessa [sent. 44/2020, punto 3](#).

⁹³ Article 31 – *The right to housing*. «With a view to ensuring the effective exercise of the right to housing, the Parties undertake to take measures designed: 1. to promote access to housing of an adequate standard; 2. to prevent and reduce homelessness with a view to its gradual elimination; 3. to make the price of housing accessible to those without adequate resources».

⁹⁴ V. l’*Explanatory Report* all’art. 31 della Carta: «By housing of an “adequate standard” is meant housing which is of an acceptable standard with regard to health requirements». Sull’art. 31 v. E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all’abitare*, cit., 87 ss. Sui casi in cui l’art. 31 è stato applicato dal Comitato europeo dei diritti sociali, anche con riferimento ai campi rom in Italia, v. G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all’abitazione*, cit., § 3.1; M. ALLENA, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. pubblico*, 2014, 179 ss.; E. STRAZIUSO, *La Carta sociale del Consiglio d’Europa e l’organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, in , in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde, *op. cit.*, 504 ss. In generale sull’attuazione del diritto all’abitazione v. ad es. F. PALLANTE, *Il problema costituzionale dell’attuazione dei diritti sociali (con particolare riguardo al diritto all’abitazione)*, in [Questione Giustizia](#), 27.7.2018; A. DIVARI, *De Social Housing, diritto sociale all’abitazione o all’abitazione sociale?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 207 ss.

⁹⁵ «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti». Sulla spettanza anche agli irregolari del nucleo minimo dei diritti fondamentali v. ad es. la [sent. Corte cost. 61/2011 \(punto 5.1 del Diritto\)](#).

esclude stranieri regolari solo perché non soddisfano i requisiti fissati dalla norma, a prescindere dal bisogno.

Nella [sent. 44/2020](#) la Corte si è trovata di fronte a una norma regionale che escludeva dall'ERP *tutti* i soggetti privi del requisito di residenza protratta (compresi gli italiani e i cittadini Ue); cioè, ad una legge con cui la Regione in sostanza “degradava” una buona parte dei propri residenti, “a protezione” della parte restante, incrinando la struttura unitaria dell'ordinamento quale configurata da diverse norme costituzionali (*in primis*, artt. 5 e 120, primo comma, Cost.)⁹⁶. Differenziando il bagaglio di diritti spettanti ai propri “cittadini amministrativi”, a seconda della durata della residenza, la Regione trasformava la cittadinanza amministrativa “qualificata”, legata alla residenza protratta, in cittadinanza vera e propria, nel senso che il superamento dei confini della Regione Lombardia (e delle numerose altre regioni che hanno norme simili: v. § 6) equivaleva all'ingresso in uno Stato straniero, in quanto il neresidente (colpevole solo di aver esercitato la propria libertà di circolazione) era privato di certi diritti fino all'acquisizione della cittadinanza amministrativa “qualificata”. Si tratta di un'operazione ritenuta impraticabile anche in ordinamenti federali, come risulta da diverse sentenze della Corte suprema americana, che ha censurato norme degli Stati membri che richiedevano, per l'accesso a certe prestazioni sociali, la residenza anche di un solo anno (v. ad es. *Shapiro v. Thompson*, 1969; *Memorial Hospital v. Maricopa County*, 1974; *Zobel v. Williams*, 1982; *Saenz v. Roe*, 1999)⁹⁷.

Diverso è il caso dell'art. 40, co. 6, t.u. imm., che richiede solo agli stranieri un certo grado di integrazione nella comunità nazionale ai fini dell'accesso all'ERP. Mentre le norme regionali “protezionistiche” incrinano diverse fondamenta dello Stato unitario, come evidenziato dalla giurisprudenza americana sopra citata (concetto di cittadinanza, principio di uguaglianza, libertà di circolazione), l'art. 40, co. 6, t.u. imm. non mina quei capisaldi, perché è noto che per gli stranieri il principio di uguaglianza e la libertà di circolazione operano in modo diverso⁹⁸.

Dunque, se l'assegnazione dell'alloggio ERP “sta sopra” il nucleo minimo del diritto all'abitazione (§ 7.5), pare difficile che la Corte censuri una norma statale che richiede un certo grado di integrazione e stabilità dello straniero nella comunità nazionale, fermo restando che si potrebbe discutere dello specifico tipo di integrazione richiesto dall'art. 40, co. 6: infatti, da un lato appare troppo rigido il requisito del «permesso di soggiorno almeno biennale», dal momento che lo straniero può essersi integrato con una serie di permessi annuali rinnovati e la scelta della durata del permesso dipende dalla discrezionalità della pubblica amministrazione⁹⁹, in collegamento con il tipo di contratto di lavoro; dall'altro appare paradossale che requisito per accedere all'ERP, cioè ad un beneficio destinato ai soggetti economicamente deboli, sia la «regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo». Nella [sent. 50/2019](#)¹⁰⁰, relativa all'assegno sociale, la Corte è riuscita a superare analogo “paradosso” (per l'assegno sociale è richiesto il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo ai sensi dell'art. 9 t.u. imm., che a sua volta presuppone «la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale»: il che crea un evidente circolo vizioso) osservando che lo straniero può avere un peggioramento della propria situazione economica dopo aver acquisito il permesso “soggiornanti di lungo periodo”, ma nel caso dell'art. 40, co. 6, t.u. imm., il lavoro deve sussistere al momento della richiesta di alloggio ERP; del resto, la [sent. 44/2020](#) ha segnalato analoga

⁹⁶ V. F. CORVAJA, *Lo straniero nella città*, cit., 141 s.

⁹⁷ L'interessante analisi della giurisprudenza della Corte suprema americana si trova in F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata*, cit., 1272 ss.

⁹⁸ Sul tema ovviamente la letteratura è molto ampia: v. ad es. (oltre a varie opere già citate), M. LOSANA, “Stranieri” e principio costituzionale di uguaglianza, in A. Giorgis – E. Grosso – M. Losana (a cura di), *Diritti uguali per tutti?*, Milano 2017, 67 ss.; C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 24.10.2014.

⁹⁹ L'[ord. 76/2010](#) ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione di costituzionalità sollevata, per tali ragioni, sull'art. 40, co. 6, t.u. imm. Su ciò v. E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., 260; F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri. Politiche di appartenenza e condizioni di esclusione nello Stato sociale*, in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde, *op. cit.*, 204 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., 207.

¹⁰⁰ Che si segnala per la “dissociazione” fra relatore (Morelli) e redattore (Prosperetti).

incongruenza con riferimento al requisito di occupazione protratta, previsto dalla legge lombarda censurata¹⁰¹.

In conclusione, la [sent. 44/2020](#) sembra aver segnato un positivo assestamento nella giurisprudenza costituzionale in una materia (requisiti di residenza protratta per l'accesso all'ERP previsti da leggi regionali) oggetto di diverse oscillazioni, restando impregiudicata la valutazione del "radicamento nazionale" richiesto dall'art. 40, co. 6, t.u. imm.

Restano a questo punto vigenti (nella maggior parte delle altre regioni) numerose norme analoghe a quella annullata dalla [sent. 44/2020](#) (v. § 6). La Corte non ha utilizzato lo strumento dell'illegittimità conseguenziale (art. 27 l. 87/1953) per "depurare" l'ordinamento: comprensibilmente, perché si sarebbe trattato di un intervento dall'impatto enorme, non giustificato dalla particolarità della materia (come invece accaduto nel caso della [sent. 422/1995](#), che annullò in via conseguenziale – fra l'altro – tre leggi regionali contenenti norme sulle "quote rosa", dopo aver dichiarato l'illegittimità della analoga norma contenuta nella legge statale sulle elezioni comunali¹⁰²). Rimane però il problema della vigenza di norme la cui incostituzionalità pare ormai "manifesta" e la cui applicazione, dunque, diventa problematica¹⁰³.

¹⁰¹ «configurare l'occupazione ultraquinquennale come soglia rigida di accesso significa negare qualsiasi rilievo al bisogno nella concessione del beneficio, e anzi comporta la sua negazione proprio ai soggetti economicamente più deboli, in contraddizione con la funzione sociale del servizio».

¹⁰² Si trattava di un giudizio incidentale avente ad oggetto la norma sulle "quote rosa" (contenuta nella l. 81/1993) relativa alle elezioni dei consiglieri comunali nei comuni fino a 15000 abitanti. La Corte annullò la disposizione censurata e, in via conseguenziale, annullò anche altre disposizioni analoghe: quella relativa alle elezioni dei comuni sopra i 15000 abitanti, quella relativa alle elezioni della Camera (art. 4 dPR 361/1957), quella relativa alle elezioni regionali (art. 1 l. 43/1995) e quelle di tre Regioni (Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta) sulle elezioni comunali: v. S. BARTOLE, *Una dichiarazione di incostituzionalità conseguenziale qualificata dalla speciale importanza della materia, in le Regioni*, 1996, 313 ss.

¹⁰³ Sulla dichiarazione di illegittimità conseguenziale di leggi di altre regioni (seppur con riferimento al giudizio in via principale) e sul problema della posizione delle regioni di fronte all'annullamento di una norma uguale a quella prevista da una loro disposizione legislativa v. l'approfondito lavoro di C. MAINARDIS, *Illegittimità conseguenziale e giudizio in via principale*, in *le Regioni*, 3/2019, 720 ss. e 729 ss.

Tania Groppi

Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*

(conversazione con Marialaura Baldino, *Virtual Studium*, La ricerca al tempo del COVID, Università di Siena, 27 marzo 2020)

ABSTRACT: *The Challenges of Coronavirus to Constitutional Democracy*

Professor Tania Groppi discusses with Marialaura Baldino, a student in Communication Sciences, the challenges of the Coronavirus emergency to the founding principles of the constitutional democracy. The interview is part of a series of lectures named "Virtual Studium. The Research on the Time of COVID", realised by the section "Cultural Activities Usiena Campus" of the University of Siena on its Instagram platform. According to professor Groppi, democracies cannot refer to the measures taken by non-democratic governments. They have all the legal tools to manage difficult situations as the actual one. The temporary nature, the proportionality and the respect of the rule of law must always be granted, also in times of emergency. She points out the challenges the new "global society of risk" raises to the national State and she asks for the improvement of the international cooperation, especially to strengthen the legal framework on "Global Health".

Professoressa Groppi, mi rivolgo a lei come esperta di diritto costituzionale e di diritto comparato: cosa ci può dire rispetto a quello che sta accadendo in queste settimane?

Sono tempi difficili, come tutti i momenti di "emergenza". Ovvero, come ci dice la parola stessa, quando si presentano all'improvviso (spuntano fuori, saltano fuori) problemi impreveduti, per i quali non eravamo attrezzati. Possiamo (nel senso di "sappiamo") prevedere, più o meno, sulla base dell'esperienza, quanti saranno, il prossimo anno, i casi di tumore al seno, o gli incidenti stradali che implicano danni cerebrali, o quanti bypass coronarici saranno richiesti, ma non possiamo-sappiamo prevedere un'epidemia. O, almeno, non abbiamo potuto-saputo farlo: è un dato di fatto (non entro nella questione: "sarebbe stato possibile prevederlo?" che ci porterebbe molto lontani).

Questo mi pare il punto di partenza. Potremmo dire, con il Qoelet, che c'è un tempo per ogni cosa: un tempo per la normalità, un tempo per l'emergenza.

Ed è proprio qui, nell'emergenza, che la democrazia viene sfidata.

La democrazia nel senso in cui la intendiamo noi oggi, come democrazia costituzionale, cioè una forma di organizzazione politica nella quale sono garantiti i diritti dell'uomo e dove il potere è limitato dal diritto. Dove cioè i "governanti" (in primo luogo il governo e la maggioranza politica) devono sempre agire secondo procedimenti regolati da norme giuridiche, a partire dalla costituzione: è questo il principio base del "rule of law".

Infatti, se in tempi normali questo fragile meccanismo riesce, più meno, a funzionare - cioè ad assicurare un quadro di convivenza pacifica in cui i diritti sono garantiti e il potere agisce nelle forme previste (spesso tra l'altro lunghe e macchinose) - nell'emergenza tutto ciò è assai più difficile. Può capitare che ci sia da adottare decisioni rapide, tempestive; e spesso accade che non si riesca a far convivere al meglio tutti i diritti e gli interessi in gioco, senza che nessuno di essi prenda il sopravvento, diventi "tiranno". Può essere necessario, per il tempo in cui dura l'emergenza, comprimere alcuni diritti per salvaguardarne altri. È quel che stanno facendo molti Stati in questi giorni, limitando la libertà di circolazione, di riunione, di impresa e persino il diritto alla vita familiare, per proteggere il diritto alla salute. Può essere necessario insomma uscire dai binari della normalità. La parola magica, la *shibboleth* come direbbero i maestri talmudici, è "deroga", che apre le porte verso un terreno assai insidioso, ma a volte inevitabile: quello, appunto, della legislazione di emergenza.

Detto questo, è evidente che occorre sgombrare subito il campo da alcune affermazioni che circolano in questi giorni: le decisioni adottate in paesi autoritari, come la Cina o l'Iran, non ci interessano. Lo ripeto, sono tre paroline: NON CI INTERESSANO. Nel senso che le democrazie si

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.

muovono in una dimensione completamente diversa nel rapporto tra potere pubblico e diritti soggettivi. L'emergenza non sposta di una virgola il problema: così come le limitazioni della libertà di espressione, la deportazione delle minoranze linguistiche, la pena di morte, gli arresti arbitrari che tali paesi applicano in tempi normali non ci interessano (cioè, non ci interessano come fonte di ispirazione: di sicuro ci interessano per criticarli e condannarli), lo stesso vale per i tempi di emergenza. Quando leggo, persino su un blog di giuristi, parole come queste: "Rimpiango di non essere in Cina dove si può chiudere tutto con l'esercito. Perché questo ci vorrebbe", mi viene un colpo. Sono due secoli di costituzionalismo, cioè di lotte contro la tirannide, spazzati via in un istante.

Va bene quel che dice, che non possiamo ispirarci agli stati autoritari. Ma allora come può rispondere una democrazia, come ha detto lei, "costituzionale", alle situazioni di emergenza? E più specificamente a questa emergenza, che sembra così diversa da altre, ad esempio quelle conseguenti a un terremoto, o anche ad attentati terroristici.

Le democrazie hanno messo a punto, in questi ultimi decenni, gli strumenti per rispondere a molteplici situazioni inattese, caratterizzate da "straordinaria necessità e urgenza", per riprendere le parole della Costituzione italiana, nell'articolo 77. Un grande banco di prova è stata la lotta al terrorismo internazionale, ovvero le misure emergenziali che sono state adottate dopo gli attentati dell'11 settembre.

In quell'occasione, si è assistito alla tendenza dei governi, a partire dagli Stati Uniti, ad intervenire pesantemente per limitare i diritti, con il supporto generalizzato dell'opinione pubblica: in quel caso erano la libertà personale, la privacy, il diritto a un processo equo, in nome dell'interesse pubblico alla sicurezza, spesso declinato come un vero e proprio diritto dei cittadini. Fortunatamente, il sistema ha tenuto, perché le democrazie hanno dimostrato di avere la capacità di reagire (gli anticorpi potremmo dire, per restare in tema), in primo luogo un potere giudiziario indipendente. Sono stati i giudici, Stato per Stato, pezzetto per pezzetto, che hanno smontato le misure adottate, direi sulla base di tre principi. Innanzitutto, la temporaneità: le misure di emergenza debbono rimanere circoscritte nel tempo, essendo collegate alle situazioni straordinarie che ne sono all'origine. Non si può, con la scusa dell'emergenza, introdurre modifiche permanenti, durature nell'ordinamento. In secondo luogo, la proporzionalità: le misure adottate debbono essere finalizzate a risolvere l'emergenza e debbono essere proporzionate rispetto alle situazioni di fatto, limitando nella misura minima necessaria i diritti che sono coinvolti. In terzo luogo, il rispetto delle procedure previste dall'ordinamento, ovvero della separazione dei poteri, del *rule of law*, della trasparenza dei processi decisionali.

Ecco, a prescindere dalle specifiche disposizioni presenti in ogni ordinamento, esiste questo nucleo di principi comuni che connota le democrazie costituzionali anche nelle situazioni di emergenza.

Mi pare che tali principi possano aiutarci anche nella situazione attuale. Nella quale la specificità è dettata a mio avviso da due elementi, che enfatizzano quel che in altre emergenze, come quella terroristica, resta a volte sottotraccia.

Da un lato, siamo di fronte a una minaccia che tocca non soltanto un interesse pubblico, ma uno specifico diritto, quello alla salute, riconosciuto come tale a livello internazionale e nazionale, strettamente collegato con un diritto considerato come assoluto (ovvero non bilanciabile con altri), cioè il diritto alla vita.

Dall'altro, alcune delle decisioni politiche finalizzate a garantire tale diritto (non tutte: ci sono anche obbligazioni positive, cioè di fare: costruire ospedali, assumere medici, acquistare respiratori, distribuire mascherine, intervenire a sostegno dell'economia, prevedere sussidi ecc.), quelle volte a ridurre il rischio di contagio, ispirate al principio di precauzione (cioè di prevenzione o mitigazione delle conseguenze negative di una situazione di fatto), possono essere valutate, nei loro contenuti, soltanto in riferimento a conoscenze scientifiche che restano al momento assai contraddittorie e limitate.

Pertanto, tornando alle tre garanzie delle quali parlavo prima, è alquanto difficile valutare la proporzionalità delle misure adottate. Oltre a ribadire la necessità della temporaneità e del rispetto dei procedimenti, quel che si può chiedere in questo momento è che, ad ogni modo, benché esistano dissensi tra gli esperti, le limitazioni dei diritti siano sempre e comunque motivate sulla base di conoscenze tecnico-scientifiche adeguate e riconosciute.

La Costituzione italiana presenta qualche specificità rispetto alle altre costituzioni democratiche, riguardo alle emergenze?

La Costituzione italiana, proprio per il momento storico in cui fu elaborata, non contiene previsioni sugli stati di emergenza. Ha una norma specifica, l'articolo 78, solo per lo stato di guerra, che è però una situazione del tutto diversa e non può essere pertanto invocata nelle circostanze attuali. È una lunga discussione, che va avanti da molti anni, tra chi ritiene che debba essere costituzionalizzata l'emergenza e chi invece vede tale modifica come inutile o addirittura pericolosa.

La Costituzione prevede che, normalmente, i diritti possano essere limitati soltanto con una legge, cioè con un atto del parlamento. In casi straordinari, è previsto un atto del governo, emanato dal presidente della Repubblica e che deve essere convertito in legge entro sessanta giorni dal Parlamento, il decreto-legge, che può intervenire a limitare i diritti. A ciò si aggiungono i principi di cui parlavo sopra, sviluppati anche dalla giurisprudenza costituzionale italiana, in particolare la temporaneità, ragionevolezza e proporzionalità delle misure limitative. Inoltre, alcune indicazioni si ricavano dai trattati internazionali in materia di diritti sottoscritti dall'Italia, a partire dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che si muovono nella stessa direzione. È tutto. Per il resto, si ricorre a quanto previsto dalla legislazione sulla protezione civile e sulla sanità pubblica, che attribuiscono competenze al governo, ai singoli ministri, ai presidenti di regione, ai prefetti, ai sindaci. Di fronte all'attuale emergenza, sta venendo alla luce, mi verrebbe da dire che sta "emergendo", in maniera più netta che in passato l'insufficienza di questo quadro normativo, per quanto riguarda i procedimenti e le competenze. Una volta superata questa situazione, credo che tutto il sistema delle fonti in tempi di emergenza dovrà essere ripensato.

Che opinione ha delle misure adottate finora in Italia?

La situazione è indubbiamente difficile e va sottolineato che l'Italia è stata il primo paese democratico a dover fronteggiare questa epidemia, muovendosi pertanto senza modelli da seguire. È apprezzabile la scelta di trasparenza nella diffusione dei dati e delle informazioni, oltre alla soluzione dell'impasse che si era venuta a creare intorno alla incapacità di funzionare del Parlamento, che è comunque sempre operativo e funzionante. Lo stesso si può dire per le giurisdizioni, che hanno adottato tutte (includo anche la Corte costituzionale, che ha introdotto innovativamente la possibilità di camere di consiglio in remoto) modalità processuali orientate alla funzionalità e alla effettività delle garanzie.

Mi pare purtroppo di dover rilevare due gravi problemi, sui quali continuare a vigilare. Da un lato, come accennavo, la grande confusione per quanto riguarda le fonti e le competenze, specie nei rapporti tra lo Stato, le regioni e anche gli enti locali, che rendono assai difficile per i cittadini orientarsi in una giungla di norme e divieti, nella quotidianità e concretezza della vita, al di là del retorico slogan "iorestocasa". Inoltre, è vero che non si sono raggiunti gli estremi che si rintracciano non solo in Stati autoritari, ma persino in qualche democrazia "incerta": penso ad esempio alla Tunisia, dove è stato proclamato il coprifuoco dalle 18 alle 6, come se il virus avesse un orologio! Tuttavia, diverse di queste misure, specialmente quelle adottate a livello regionale e locale, risultano irragionevoli e non proporzionate. Penso soprattutto al divieto di qualsiasi attività motoria all'aperto in vigore in diverse zone, che non è giustificato da evidenze tecnico scientifiche e pare persino lesivo del medesimo diritto alla salute che si vorrebbe proteggere.

Questa pandemia, è stato detto, è la prima dell'era della globalizzazione. Esistono strumenti giuridici adeguati per rispondere alle sfide globali alla salute?

L'epidemia, come è stato evidenziato in questi giorni in un bell'intervento di Giovanni Pitruzzella, già presidente dell'Antitrust, ci pone di fronte a una realtà che, finora, avevamo fatto in modo di non vedere: viviamo in quella che Ulrich Beck ha chiamato "la società globale del rischio". Rischi finanziari, economici, connessi ai flussi migratori, al terrorismo globale, al riscaldamento climatico, alle epidemie. È emblematico che un piccolo evento che coinvolge pipistrelli e pangolini in una remota provincia cinese diventi la più grande catastrofe dal dopoguerra. Mentre questi fenomeni, questi fatti, accadono, il diritto stenta a dare risposte. Ancor più di quanto capita in altri campi, come la tutela dell'ambiente, l'impatto della globalizzazione sulla salute è stato sottovalutato sul piano giuridico. Eppure gli scienziati, i virologi, adesso diventati improvvisamente delle star, dopo aver lavorato per anni nell'oscurità dei loro laboratori, lo dicono da tempo: al punto che gli studi di "Global Health" sono assai diffusi. Invece, nonostante gli sviluppi vertiginosi degli scambi di persone e cose degli ultimi trent'anni, la risposta giuridica è affidata a strumenti "vecchi", o, se vogliamo essere più benevoli, antichi, cioè alle organizzazioni internazionali mondiali costruite nel Secondo dopoguerra, in particolare l'Organizzazione mondiale della sanità (la sua costituzione data al 22 luglio 1946), che si muovono con tutti i limiti di questo tipo di istituzioni. Ovvero i loro atti non sono vincolanti nei confronti degli Stati, si collocano generalmente in quella zona grigia che i giuristi chiamano soft law. Gli stessi limiti scontano altri, più recenti tipi di interventi, come i Sustainable Development Goals delle Nazioni Unite, obiettivi di tipo politico da raggiungere entro il 2030 (ai quali l'Università di Siena ha contribuito fin dal 2012). In particolare, l'obiettivo 3 (Good Health and Well-Being) prevede tra i suoi targets, al 3D, quello di "Strengthen the capacity of all countries, in particular developing countries, for early warning, risk reduction and management of national and global health risks", da valutare proprio sulla base della "International Health Regulations (IHR) capacity and health emergency preparedness". Un bellissimo obiettivo, ma che al momento resta soltanto un'aspirazione che si scontra contro la indisponibilità degli Stati ad avviare una collaborazione più intensa, che porti a trasferire alcune delle loro competenze a un livello decisionale mondiale.

Insomma, benché con la globalizzazione il carattere (da sempre) "aterritoriale" dei virus sia stato enfatizzato, la geografia del potere, che si basa (ancora) sui confini statali, è del tutto inadeguata a garantire il diritto alla salute di fronte a una pandemia, se non attraverso misure emergenziali di contenimento, che in sostanza consistono nella limitazione di altri diritti. Anche in questo campo siamo chiamati a fare un salto, cioè a spostare la scala territoriale delle risposte. E' una prospettiva verso la quale lavorare. Al momento, colpisce il grande vuoto nel quale i vecchi Stati continuano a muoversi, restando gli unici punti di riferimento, benché limitati e quasi impotenti, di fronte al piccolissimo, agilissimo virus.

Ci sono aspetti che finora non sono stati messi sufficientemente in luce negli interventi dei giuristi in questi primi giorni e che vorrebbe sottolineare?

Sì, in effetti ci terrei a sottolineare due aspetti.

Innanzitutto, non dobbiamo dimenticare che un pilastro della democrazia è il principio di eguaglianza, intesa come eguaglianza sociale. Un eccesso di diseguaglianza mette in pericolo la coesione sociale, quella vicinanza tra le persone che è alla base della democrazia. Ebbene, una grande sfida che questa epidemia pone riguarda proprio le diseguaglianze. Che già negli ultimi decenni erano in crescita, come molti economisti non si stancano di ricordarci. Lo ha detto bene qualche giorno fa in un'intervista il professor Zagrebelsky: anche in questa epidemia, chi sta sotto piange, mentre chi sta in alto spesso ride. Mi riferisco sia alle misure, come si suol dire, "contenitive", che alle conseguenze economiche dell'epidemia. Pensiamo alle misure contenitive: esse si sono risolte, finora, nel privare le persone dell'accesso agli spazi pubblici, confinandole negli spazi privati. Basta avere un po' di immaginazione, o affidarci alle nostre esperienze personali: ciascuno può vedere che non è

proprio la stessa cosa essere confinati in cinque, sei, sette, in un basso napoletano, senza luce, senza verde, o pontificare chiedendo a tutti di restare a casa dalle proprie comode villette, prendendo il sole in giardino. E quanto alle conseguenze economiche, c'è poco da dire. Ognuno di noi conosce persone colpite e finanche travolte, nelle loro attività e nel sostentamento, dalle misure contenitive adottate, persone i cui diritti, in questo caso le libertà economiche, sono stati compressi ben più di quelli del resto della collettività. Ci sarà molto a cui pensare, ma soprattutto molto da fare, dopo.

Infine, se posso spendere ancora una parola, ho già parlato anche troppo, vorrei concludere con un invito. A vigilare. In questi giorni si parla tanto di cittadini che, spinti dalla paura, dall'invidia, finanche dall'odio, si autonominano guardiani dei comportamenti altrui. Non è certo questa la vigilanza di cui abbiamo bisogno, anzi, in democrazia ognuno è responsabile delle sue azioni e delle loro conseguenze giuridiche. Non abbiamo certo bisogno di delatori. Il mio invito è a quella vigilanza, parte indispensabile della cittadinanza attiva sulla quale si regge la democrazia, legata allo spirito critico, volta a tenere sempre acceso il lumicino della ragione. Come direbbe Manzoni, a far prevalere il buon senso sul senso comune.

Perché, in conclusione, in tempi di emergenza, ancor più che in tempi di normalità, lo Stato costituzionale si regge, proprio in senso letterale, cioè di continuare a esistere, senza trasformarsi in qualcos'altro, soltanto se riesce ad essere uno Stato costituzionale diffuso, ovvero se ciascuno riesce a cogliere appieno l'importanza di questo fragile meccanismo di convivenza e se ne fa custode.

Chiara Graziani

Brexit, Regno Unito e Coronavirus: le questioni aperte*

ABSTRACT: *The present work analyses how the ongoing Coronavirus emergency is impacting on the negotiation of the Agreement on the new partnership between the European Union and the UK, after the latter formally left the European Union*

SOMMARIO: 1. La *Brexit*: l'attuale stato dell'arte. – 2. L'emergenza Coronavirus: le reazioni del Regno Unito e dell'Unione europea. – 3. L'impatto dell'emergenza sulle negoziazioni per l'Accordo sulle future relazioni fra l'Unione europea e il Regno Unito. – 4. Verso un'estensione del periodo transitorio?

1. *La Brexit: l'attuale stato dell'arte*

Come noto, a partire dal 1° febbraio 2020, il Regno Unito non è più uno Stato membro dell'Unione europea. Nondimeno, tale data non sancisce una cesura netta nei rapporti fra il Governo britannico e le Istituzioni europee; anzi, [ancora molte questioni risultano essere aperte](#).

Da quel giorno, è iniziato un periodo “di transizione”, [che si protrarrà almeno fino al 31 dicembre 2020](#), potendo essere esteso per uno o due anni qualora le parti lo concordino entro il 30 giugno 2020. Nella fase transitoria, non solo il Regno Unito continuerà a far parte del mercato unico e dell'unione doganale, ma si svolgeranno le negoziazioni per definire l'Accordo sulle future relazioni reciproche (detto anche Accordo di partenariato). Inoltre, verrà mantenuta l'efficacia diretta e la primazia del diritto dell'Unione europea e il Regno Unito sarà tenuto a rispettare gli obblighi scaturenti da tutti gli accordi di diritto internazionale conclusi dall'Unione. Invece, già da questo frangente, il Regno Unito ha smesso di partecipare ai processi decisionali euro-unitari e ha perso la propria rappresentanza nei relativi organi e organismi.

L'Accordo sulle future relazioni dovrà regolamentare un novero assai ampio di *topics*. Fra i più delicati, si annoverano: l'istituzione di un meccanismo di cooperazione in materia di sicurezza; uno schema efficace di cooperazione fra le autorità giudiziarie e di *law enforcement*; intese che consentano uno scambio efficace e tempestivo dei dati, qualora ciò sia necessario a fini giuridicamente rilevanti (ad esempio, dati PNR o dati genetici o biometrici a scopo di prevenzione del terrorismo e altri gravi reati transnazionali); collaborazione di *intelligence*, alla luce del ruolo chiave del Regno Unito in questo settore.

I negoziati per l'Accordo sulle future relazioni sono stati avviati il 2 marzo 2020 e, già dalla fase iniziale, si sono evidenziate una serie di [importanti divergenze fra Regno Unito e Unione europea](#), tanto di tipo strutturale (poiché il Regno Unito, diversamente dall'Unione, desidererebbe tenere distinto un accordo sul libero scambio da altri singoli accordi di carattere settoriale) quanto di natura sostanziale (ad esempio, in materia di cooperazione penale, il Regno Unito ha espresso la volontà di non essere vincolato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea né dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

2. *L'emergenza Coronavirus: le reazioni del Regno Unito e dell'Unione europea*

Questa breve panoramica mostra un clima di negoziazione piuttosto fervente. Tuttavia, in parallelo con tali avvenimenti, l'Europa – anzi, il mondo intero – si è trovata a dover fare i conti con un evento che ha assorbito l'attenzione tanto politica quanto mediatica, distogliendola, sostanzialmente, da qualsiasi altro oggetto di discussione. Il riferimento è alla – purtroppo perdurante – diffusione del virus SARS-CoV-2, conosciuto come Covid-19 o Coronavirus 2019, che, qualche settimana fa, [ha raggiunto lo stadio pandemico](#).

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

L'esigenza di fare fronte alla pandemia ha portato gli Stati colpiti ad adottare misure prima piuttosto eterogenee, ma poi convergenti verso la sospensione di tutte le attività non necessarie e la forte limitazione dei movimenti dei cittadini, seguendo, quindi, le orme dell'[Italia](#).

In questo contesto, la reazione maggiormente "scomposta" è stata, probabilmente, proprio quella del Regno Unito. Il Primo Ministro, Boris Johnson, in un primo momento ha minimizzato il peso della questione, addirittura invitando la popolazione a proseguire normalmente le proprie attività e i consueti spostamenti, al fine di conseguire la c.d. [immunità di gregge](#), salvo poi, a distanza di poco più di una settimana, annunciare la volontà di [allinearsi alle politiche di lockdown](#) ormai condivise dalla maggior parte dei Paesi. E infatti, il Governo ha presentato in Parlamento il [Coronavirus Bill](#), che è diventato legge ([Coronavirus Act 2020](#)) nel giro di pochissimi giorni, ricevendo il *royal assent* il 25 marzo. Trattasi di una legislazione di stampo emergenziale che affida ampi poteri all'Esecutivo per far fronte alla crisi, tra cui quello di ordinare *test* medici e limitazioni di libertà nei confronti di coloro per cui vi siano «reasonable grounds to suspect» che siano stati contagiati dal virus. Le misure prese dal Governo devono essere sottoposte a vaglio parlamentare ogni due mesi, essendo le due Houses del Parlamento britannico chiamate a verificare la perdurante sussistenza delle condizioni emergenziali che legittimano le restrizioni. Tale disposizione "di garanzia", volta a bilanciare i poteri dell'Esecutivo grazie al controllo parlamentare, è meno stringente rispetto a quanto disposto dalla legislazione generale britannica che disciplina l'emergenza sanitaria ([Civil Contingencies Act 2004](#)). In base a questa legge, tutte le misure restrittive prese dal Governo durante l'emergenza devono essere sottoposte allo scrutinio parlamentare ogni 28 giorni. Da una prospettiva generale, il potenziamento del ruolo dell'Esecutivo costituisce, in ambito emergenziale, un vero e proprio *leitmotif*, e l'emergenza Coronavirus non ha fatto eccezione (si pensi, di nuovo in riferimento al caso italiano, ai diversi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sui quali il [dibattito](#) è assai vivo).

Allo stesso tempo, l'Unione europea, dopo una fase di iniziale di apparente esitazione, in cui la sua azione di contrasto al virus si è estrinsecata nella costituzione, in seno alla Commissione europea, di un "[Covid-19 response team](#)", sta portando avanti rilevanti manovre economiche – fra cui la [sospensione del Patto di stabilità e crescita](#) – per far fronte alla crisi sanitaria. La Commissione ha anche recentemente [approvato la richiesta del Regno Unito](#) avente ad oggetto la concessione di aiuti di Stato alle piccole e medie imprese.

3. *L'impatto dell'emergenza sulle negoziazioni per l'Accordo sulle future relazioni fra l'Unione europea e il Regno Unito*

In questo scenario, la (forzata) marginalizzazione di ogni altro argomento diverso dall'emergenza sanitaria è oramai un dato di fatto. Tuttavia, il 16 marzo, Boris Johnson aveva annunciato che, ritenendo la strada per il "divorzio" tra Regno Unito e Unione europea ormai spianata, non intendeva chiedere la proroga del periodo transitorio oltre il 31 dicembre 2020. Tale presa di posizione è conforme a quanto già emerso dal [Queen's speech](#) del dicembre 2019, in cui la Regina, esponendo i punti chiave del programma politico del Governo, aveva sottolineato la preminenza del tema *Brexit* e la volontà di non estendere la transizione. La situazione contingente, però, ha imposto uno [stravolgimento dell'agenzia negoziale sulla Brexit](#). Le trattative sono state riprogrammate o, per quanto possibile, se ne è imposto lo svolgimento in via telematica.

Ciononostante, il 18 marzo, la Commissione europea ha reso pubblico un primo [progetto di Accordo sul futuro partenariato fra l'Unione europea e il Regno Unito](#). La struttura del documento mostra un'impostazione maggiormente vicina ai *desiderata* dei negoziatori dell'Unione, che a quanto inizialmente proposto da parte britannica. Infatti, si ha un testo omnicomprendente, che non include solamente l'accordo di libero scambio, ma copre tutti i settori negoziali, quali quello finanziario, della sicurezza, dello scambio dei dati, ecc.

Anche nel merito, la prima stesura dell'accordo pare essere una bozza sulla quale il lavoro da fare è ancora molto. Si pensi, solo a titolo esemplificativo, allo scambio dei dati. Dopo la fine del periodo

transitorio, il Regno Unito diventerà – perlomeno per gli aspetti che non verranno regolati dall’Accordo sul partenariato – uno “Stato terzo” rispetto ai Paesi membri dell’Unione. Ai sensi dell’art. 45 del [Regolamento \(UE\) 2016/679 \(GDPR\)](#), gli scambi di dati tra Unione europea e Stati terzi sono possibili solo in base ad apposite decisioni della Commissione (c.d. decisioni di adeguatezza), che certifichino che lo *standard* di tutela in materia di *data protection* nel Paese terzo risulti perlomeno “adeguato” in comparazione con quello adottato dall’Unione. Ebbene, se si leggono le clausole del progetto di Accordo che riguardano questo punto, si nota che, perlomeno con riferimento a dati quali i PNR e altre informazioni utilizzate per la prevenzione e repressione del crimine, lo schema riproposto è esattamente quello appena enunciato, di carattere generale e applicabile a qualsiasi Paese non facente parte dell’Unione. Tale paradigma comporta che, se l’eventuale decisione di adeguatezza dovesse venire meno, ad esempio perché dichiarata invalida dalla Corte di giustizia, il trasferimento di informazioni dovrebbe cessare oppure essere sottoposto ad un accordo *ad interim* in attesa di sviluppi che rendano possibile una nuova decisione. Questa eventualità appare essere piuttosto macchinosa se si considera che il Regno Unito scambia liberamente – almeno fino al 31 dicembre – un’ingente quantità di dati con gli altri Stati membri a fini di sicurezza (nell’ordinamento italiano, i dati con implicazioni sulla sicurezza nazionale sono sottoposti anche alla speciale disciplina dell’art. 1, [d.l. 25 marzo 2019, n. 22, conv. l. 20 maggio 2019, n. 41](#), che introduce una serie di misure volte a gestire gli effetti del recesso del Regno Unito ed è operativo a partire dal 1° febbraio 2020). Se il Regno Unito fosse davvero assoggettato, *sic et simpliciter*, al regime dei Paesi terzi, parrebbe notevole il rischio di uno stallo, o comunque di rallentamenti potenzialmente dannosi agli interessi sottesi al trasferimento dei dati.

4. Verso un’estensione del periodo transitorio?

Alla luce di quest’analisi, un’estensione del periodo di transizione potrebbe rendersi opportuna per assicurare una gestione accurata di un tema così delicato. Un eventuale Accordo di partenariato firmato frettolosamente all’indomani della fine dell’emergenza Coronavirus, ma non ben calibrato – rispetto non solo alle esigenze delle due parti negoziali, ma anche dei singoli Stati membri dell’Unione – potrebbe portare a conseguenze negative molto serie sui versanti più disparati.

Inoltre, occorre non dimenticare che l’Accordo in parola – così come è stato per quello di recesso – necessiterà di approvazione da parte del Parlamento britannico e di ratifica a livello interno. Considerando le tempistiche parlamentari minime, il testo definitivo dovrebbe essere pronto non più tardi del mese di novembre 2020, per rendere possibile il voto assembleare e la conclusione dei necessari *steps* per la ratifica entro il successivo 31 dicembre. Si aggiunga anche la possibilità – come accaduto per ben tre volte con l’Accordo di *exit* – di rigetto del *draft agreement* da parte del Parlamento, che immancabilmente porterebbe ad ulteriori sviluppi politici, sia sul piano strettamente interno del Regno Unito sia sul versante dei rapporti con l’Unione e con gli Stati membri.

Pertanto, gli inevitabili rallentamenti dovuti all’emergenza Coronavirus dovrebbero condurre perlomeno ad una riflessione attenta circa la possibilità di attivare la proroga del periodo transitorio (decisione da prendersi, lo si ricorda, entro il 30 giugno 2020), affinché le relazioni future fra Regno Unito e Unione europea siano regolate nel senso più garantistico possibile.

Gian Luigi Gatta
I diritti fondamentali alla prova del coronavirus.
Perché è necessaria una legge sulla quarantena*

ABSTRACT: *The present work analyzes how the pandemic regulatory management activity (and, in particular, the "quarantine"), in the perspective of emergency law, is face by the national legal system, not failing to compare said management with the experiences at the purpose developed in the common law systems, also on the light of the fundamental rights and freedoms put under tension.*

SOMMARIO: 1. Il diritto del coronavirus come diritto dell'emergenza. – 2. Limitazione di diritti e libertà fondamentali, tutela della salute e carte fondamentali. 2.1. Libertà di circolazione e libertà personale. – 2.2. Una strada da non prendere: la deroga *ex art.* 15 Cedu. – 2.3. La base legale (incompleta) delle misure limitative: il d.l. 25 marzo 2020, n. 19. – 2.4. La necessità di un ulteriore intervento legislativo. In particolare, il caso della quarantena. – 3. Il modello inglese: il *Coronavirus Act*. 4. L'esperienza degli Stati Uniti. – 5. La quarantena nella disciplina italiana: normativa di fonte primaria. – 6. (*segue*): normativa di fonte secondaria. – 6.1. L'ordinanza del Ministero della Salute del 21 febbraio 2020 – 6.2. Il d.p.c.m. 4 marzo 2020. – 6.3. L'ordinanza del Ministero della Salute e del Ministero dei Trasporti e delle Infrastruttura del 28 marzo 2020. – 7. Conclusioni.

1. Il diritto del coronavirus come diritto dell'emergenza.

Nell'azione di contrasto dell'epidemia in atto *la medicina e la scienza sono, giustamente, in prima linea*. Non potrebbe non essere così, a fronte di un'emergenza sanitaria, che mette a rischio la vita e la salute di un numero indeterminato e impressionante di esseri umani. Secondo [dati dell'O.M.S.](#), il 4 aprile 2020 *la pandemia era diffusa in 207 paesi, il virus aveva contagiato 1.051.635 persone e ne aveva uccise 56.985*. Il nostro paese, a quella data, era al secondo posto per numero di contagi (119.827, pari all'11% di quelli globali), dietro agli Stati Uniti ed aveva il triste primato dei decessi (14.681, pari complessivamente al 26%).

In prima linea, assieme agli operatori sanitari, sono però in tutto il mondo anche *i governi e le autorità, sanitarie e di pubblica sicurezza, impegnate nella gestione dell'emergenza* sul territorio dei diversi paesi coinvolti. Per tale via *il diritto – nella sua dimensione tanto regolativa quanto di law enforcement – occupa un ruolo centrale, sinergico rispetto a quello della scienza*. Uno dei temi di più grande interesse a livello globale – quello appunto dei rapporti tra diritto e scienza – viene oggi a intrecciarsi con un altro tema altrettanto moderno – quello del *diritto dell'emergenza*. Il diritto si sta infatti confrontando oggi con un'emergenza sanitaria, ed è chiamato a intervenire su un fenomeno che la scienza e la medicina stanno cercando di comprendere e di arginare, nel tentativo di salvare la vita e tutelare la salute del numero più elevato possibile di persone.

Inquadrare l'attività di gestione normativa della pandemia nella prospettiva del diritto dell'emergenza è di cruciale importanza per garantire il rispetto di diritti fondamentali, che inevitabilmente subiscono limitazioni. Contenere la diffusione del coronavirus richiede di evitare il più possibile i contatti sociali, trasmettendosi il virus, con estrema facilità, da un individuo all'altro. Le azioni intraprese, in Italia come in altri paesi, prevedono l'adozione di *misure che limitano l'esercizio di diritti e libertà fondamentali*: libertà personale, libertà di circolazione, libertà di riunione, libertà di iniziativa economica, ecc.

Così come il diritto del terrorismo o della criminalità organizzata, *il diritto del coronavirus è un diritto dell'emergenza, che comprime libertà fondamentali*. Ciò significa che anche a fronte dell'epidemia in atto si pone il problema dei confini entro i quali la limitazione, se non la privazione di quelle libertà, può dirsi compatibile con i principi superiori del sistema, previsti dalle costituzioni

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.

Testo, adattato e aggiornato del contributo pubblicato su [Sistema penale](#) il 2 aprile 2020. Si rinvia alla versione pubblicata in quella sede per reperire i documenti indicati come 'in allegato' nel presente lavoro.

e dalle carte internazionali sui diritti umani. Non è difficile pronosticare che *sarà questo uno dei principali temi di riflessione e di indagine nei prossimi anni*, a livello globale, nella comunità dei giuristi, accademici e non. Il dibattito, d'altra parte, si è già avviato, in tutto il mondo, in occasione dell'adozione delle prime misure di contenimento della diffusione del COVID-19.

2. Limitazione di diritti e libertà fondamentali, tutela della salute e carte fondamentali.

Quanto al nostro paese, la stella polare deve essere rappresentata naturalmente dalla *Costituzione*, come anche dalla *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*. Situazioni emergenziali, che impongono compromissioni di diritti e libertà altrimenti intollerabili, sono contemplate anche dalle carte fondamentali, scritte – non si dimentichi – quando le ferite della guerra e dei regimi autoritari erano ancora aperte. Quelle situazioni fanno parte della realtà e pertanto della fisiologia dell'ordinamento giuridico. *Le carte fondamentali si preoccupano così di fissare principi che individuino un accettabile punto di equilibrio tra la consacrazione di diritti e libertà (la regola) e la loro limitazione per ragioni dettate dalla necessità di fronteggiare emergenze che pregiudicano questo quell'interesse pubblico, ritenuto preminente (l'eccezione)*. A venire in rilievo è oggi la necessità, indifferibile, di tutelare la salute pubblica; così come nel passato si è trattato di tutelare, attraverso la legislazione dell'emergenza, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, a fronte del terrorismo, politico prima, religioso poi, e della recrudescenza delle mafie. E se nell'esperienza passata il diritto dell'emergenza mirava a prevenire e reprimere condotte criminali – contrastando questo o quel 'nemico' dello Stato – oggi ha invece come obiettivo quello di fronteggiare un fenomeno naturalistico, quale è la diffusione di un virus attraverso il contagio tra individui che hanno l'unico torto di avere avuto la sfortuna di averlo contratto, o di correrne soltanto il rischio. *Senza un nemico in carne d'ossa, l'esigenza di salvaguardare diritti e libertà individuali è allora, se possibile, ancor più forte*.

2.1. Libertà di circolazione e libertà personale.

Una lettura d'insieme delle disposizioni costituzionali e convenzionali relative alla libertà di circolazione (art. 16 Cost. e art. 2 Prot. 4 Cedu) e alla libertà personale (art. 13 Cost. e art. 5 Cedu) – per limitarci a queste libertà fondamentali, fortemente limitate dall'emergenza coronavirus, ma il discorso potrebbe essere esteso ad altre (ad es., alla libertà di riunione *ex artt.* 17 Cost. e 11 Cedu, o al diritto al rispetto della vita privata o familiare, *ex art.* 8 Cedu) – consente, anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo – di individuare *un set di requisiti di compatibilità costituzionale/convenzionale* delle misure adottate per contenere la diffusione del COVID-19: *previsione per legge, disciplina di presupposti e modalità, ragionevolezza* (idoneità rispetto allo scopo), *necessità* (assenza di alternative che non compromettano quelle libertà, ovvero inefficacia, rispetto allo scopo, di misure che comportano un minor grado di compromissione delle libertà stesse), *proporzionalità, temporaneità*, possibilità di un *ricorso giurisdizionale* (artt. 24, comma 1, Cost. e art. 13 Cedu) e, quando sia coinvolta la libertà personale, *previsione della convalida* da parte dell'autorità giudiziaria delle misure adottate in via d'urgenza (art. 13 Cost.).

In particolare, quanto alla *libertà di circolazione*, tanto l'art. 16 Cost. quanto l'art. 2 Prot. 4 Cedu fanno espresso riferimento alla *tutela della salute* come possibile ragione giustificatrice di una limitazione. Quanto alla *libertà personale*, un'analogha *espresa* menzione non si rinviene nell'*art. 13 Cost.*, che per le restrizioni consentite – per *atto motivato dell'autorità giudiziaria*, eventualmente attraverso convalida di provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza, in casi eccezionali di necessità e urgenza – rinvia come è noto ai "casi" e ai "modi" stabiliti dalla legge; un'espresa menzione delle ragioni di salvaguardia della salute è invece presente nell'*art. 5, comma 1, lett. e) Cedu*, che contempla l'ipotesi della "*detenzione regolare di una persona suscettibile di*

propagare una malattia contagiosa". È questa l'ipotesi della *quarantena* (e delle misure analoghe), *associate dalla Cedu a quella detenzione per ragioni di giustizia* e attratta nella previsione (art. 5, comma 4) del "*diritto a presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della detenzione*". Proprio sulla *quarantena*, misura emblematica, ancor più per la sensibilità dei penalisti, concentreremo più oltre le nostre riflessioni.

2.2. *Una strada da non prendere: la deroga ex art. 15 Cedu.*

Le linee guida di un diritto dell'emergenza compatibile con la Costituzione e con la Cedu, quanto alle limitazioni alle citate libertà fondamentali, sembrano dunque ben scolpite e coerenti, nelle due carte fondamentali, anche e proprio *in rapporto a limitazioni dettate da ragioni di tutela della salute pubblica*, come quelle che stiamo conoscendo in queste settimane. Se ciò è vero, va allora sottolineato subito come sembri improprio invocare il ricorso allo strumento della *deroga in caso d'urgenza agli obblighi convenzionali*, previsto dall'art. 15 Cedu "in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione"¹. È vero che alcuni stati membri del Consiglio d'Europa – allo stato paesi dell'est – hanno comunicato la deroga per l'emergenza COVID-19 (si tratta di [Albania](#), [Armenia](#), [Estonia](#), [Georgia](#), [Lettonia](#), [Macedonia del Nord](#), [Moldavia](#) e [Romania](#)); ma per quanto si è detto a proposito della sostanziale sovrapposibilità tra le garanzie costituzionali e convenzionali – quanto almeno alla libertà di circolazione e alla libertà personale – *derogare alla Cedu significherebbe derogare alla Costituzione*, il che naturalmente non è possibile. Servirebbe forse² a evitare condanne da parte della Corte di Strasburgo, ma non anche violazioni dei principi costituzionali ravvisate dai giudici italiani ed eventualmente dalla Corte costituzionale. D'altra parte, segnali di senso opposto – di attenzione cioè al rispetto dei diritti fondamentali, in rapporto all'emergenza coronavirus – giungono già da organismi istituiti nella grande come nella piccola Europa: il [Comitato per la Prevenzione della Tortura](#) ha adottato, riferendole anche ai soggetti in quarantena, delle raccomandazioni per il trattamento delle persone private della libertà nel contesto dell'emergenza coronavirus; l'[Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali \(F.R.A.\)](#) sta raccogliendo dati e informazioni sull'impatto sui diritti fondamentali delle misure adottate negli stati membri dell'UE per contenere l'epidemia.

2.3. *La base legale (incompleta) delle misure limitative: il d.l. 25 marzo 2020, n. 19.*

Richiamata l'attenzione sui principi – sulle linee guida dell'intervento legislativo, oggi, e della valutazione di giudici e difensori, domani – va dato atto, come abbiamo sottolineato [in altra sede](#), che dell'esigenza di adeguare il diritto dell'emergenza COVID-19 ai principi costituzionali il governo si è fatto carico, sotto diversi aspetti, con il [decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19](#). Con un atto avente forza di legge si è cercato di fornire, con estensione all'intero territorio nazionale (diversamente da quanto si era fatto, su base locale, con il precedente d.l. n. 6/2020), una *base legale* alle misure limitative di diritti e libertà ritenute necessarie per fronteggiare l'emergenza; misure che vengono tipizzate e che possono essere adottate dal governo o, in caso di emergenza, dalle regioni, fino al 30 luglio 2020, "secondo *principi di proporzionalità e adeguatezza al rischio*" di diffusione dell'epidemia.

2.4. *La necessità di un ulteriore intervento legislativo. In particolare, il caso della quarantena.*

¹ Cfr., per l'opinione opposta, G. O. CESARO, [La tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'emergenza COVID-19](#), in [DIRITTO24](#), 25 marzo 2020.

² Per alcune posizioni scettiche sull'utilità del ricorso alla procedura *ex art. 15 Cedu* cfr. K. DZEHTSIAROU, [COVID-19 and the European Convention on Human Rights](#), in [Strasbourg Observers](#), 27 marzo 2020; N. COGLAN, [Rights in a time of quarantine](#), in [Uk Human Rights Blog](#), 17 marzo 2020 (anche con considerazioni relative al nostro paese).

Il carattere fortemente limitativo delle misure previste per il contenimento dell'epidemia, tuttavia, rende a nostro parere necessario *un ulteriore sforzo per l'adeguamento ai principi costituzionali e convenzionali*. Dovrebbe infatti essere la legge (o comunque un atto avente forza di legge) – *non un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, un'ordinanza del Ministro della Salute o un'ordinanza regionale* – a *disciplinare in modo puntuale i presupposti* per l'applicazione delle misure, così come l'*autorità competente* a ordinarle, la *durata* delle misure di carattere individuale (come la quarantena), i *doveri di informazione* nei confronti di quanti vi vengono sottoposti, le *vie per la tutela giurisdizionale*.

Ciò è vero in via di *principio per tutte le misure limitative*, ed è ancor più vero per la *quarantena* (art. 2, comma 1, lett. d) ed e) d.l. n. 19/2020), che rappresenta una forma di privazione della libertà personale: *una forma di detenzione*, come confermano il linguaggio e la logica dell'art. 5 Cedu. *La condizione di chi non può allontanarsi dall'abitazione o dalla stanza di un albergo, che sia stato requisito allo scopo, non è poi molto dissimile da quella in cui si trova chi è agli arresti domiciliari o in detenzione domiciliare*. Di ciò si ha consapevolezza nella comunità internazionale dei giuristi, anche fuori dall'area europea, se è vero che una giurista americana ha definito in questi giorni la quarantena "*the most extreme use of government power over people who have committed no crime*"³. È a ben vedere *una misura per certi versi accostabile nel nostro paese al trattamento sanitario obbligatorio (art. 35 l. n. 833/1978)*, oggetto di un'articolata disciplina che attribuisce al sindaco il potere di collocare l'individuo sottoposto alla misura in condizioni di degenza ospedaliera, salvo dover comunicare entro 48 ore al giudice tutelare il provvedimento, che deve essere *convalidato* entro le successive 48 ore. Una previsione, quest'ultima, dettata dall'esigenza di rendere l'obbligo di degenza ospedaliera compatibile con l'art. 13 Cost., in quanto forma di privazione della libertà personale, al pari della quarantena.

Una puntuale disciplina della quarantena è necessaria per l'*ipotesi precauzionale (art. 1, comma 2, lett. d) d.l. n. 19/2020)* – la cui violazione è oggi punita con una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 4, comma 1, d.l. n. 18/2020) – e lo è ancor più per l'*ipotesi riferita agli individui positivi al virus (art. 1, comma 2, lett. e) d.l. n. 19/2020)*⁴. In quest'ultimo caso, infatti, la violazione del divieto di allontanamento integra un reato punito con l'arresto (fino a 18 mesi) e con l'ammenda (si tratta, nella sostanza, di una forma di evasione di persona detenuta a titolo diverso dalla commissione di un reato, che comporta un pericolo per la salute pubblica). Presupposto per la configurabilità del reato, [come abbiamo sottolineato in altra sede](#), è da ritenersi essere la *legittimità dell'ordine* la cui violazione è penalmente sanzionata. Se però la disciplina di quell'ordine dovesse essere ritenuta costituzionalmente e convenzionalmente non conforme, l'ordine stesso non potrebbe essere considerato legittimo dal giudice penale, che dovrebbe pertanto disapplicarlo. Se ciò è vero, vi è una ragione in più per adeguare la disciplina della quarantena ai principi di cui si è detto. Diversamente, sarebbe pregiudicata l'*efficacia della nuova incriminazione* di cui all'art. 4, comma 6, d.l. n. 19/2020, che secondo dati del Ministero dell'Interno è già stata contestata, nella prima settimana di applicazione, tra il 26 e il 31 marzo 2020, a *311 persone*⁵.

3. Il modello inglese: il Coronavirus Act.

Se da un lato vi sono paesi europei che, come si è detto, hanno apertamente imboccato la via della deroga al rispetto dei diritti fondamentali, dall'altro lato vi sono paesi che, invece, si sono preoccupati di *disciplinare le misure di contenimento dell'epidemia in modo convenzionalmente*

³ Cfr. P. J. PRICE, [A Coronavirus Quarantine in America Could be a Giant Legal Mess](#), in [The Atlantic](#), 16 febbraio 2020.

⁴ In questo senso v. anche G. LATTANZI, [La pandemia aggredisce anche il diritto?](#), intervista a F. De Stefano, in [Giustizia Insieme](#), 2 aprile 2020.

⁵ Lo ha sottolineato anche A. NATALE, [Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie](#), in [Questione giustizia](#), 28 marzo 2020.

conforme. È il caso dell'*Inghilterra*. Un modello di disciplina, dal quale potrebbe prendere spunto il legislatore italiano, è rappresentato dal *Coronavirus Act*, adottato il 25 marzo 2020, e il cui testo, per la parte qui rilevante, può leggersi in allegato (Schedule 21, §§ 14-17). È un modello interessante perché riguarda un paese che, come il nostro, fa parte del Consiglio d'Europa ed è pertanto tenuto al rispetto dei principi convenzionali di cui si è detto. E una simile preoccupazione emerge chiaramente da una lettura, pur cursoria, del *Coronavirus Act*.

Anche la legge inglese prevede una serie di misure che, in modo più o meno intenso, limitano la libertà di circolazione e la libertà personale, come anche altre libertà fondamentali, compreso l'esercizio di attività commerciali e imprenditoriali. Tra le misure adottate, sono previsti l'obbligo di rimanere in un luogo determinato (che può anche essere una struttura sanitaria) e l'obbligo di restare in un luogo determinato isolato da altre persone. *Presupposto* per l'applicazione delle misure è un previo controllo da un medico del servizio sanitario pubblico, che abbia accertato la positività al virus, ovvero che abbia un ragionevole sospetto che la persona di cui si tratta sia infetta, o che comunque reputi opportuna la misura. *Competente* ad ordinare le misure è il medico stesso, che deve individuare la misura da applicare secondo *criteri di necessità e di proporzione*. Sul medico gravano *doveri di informazione*, relativi alle ragioni che lo hanno indotto a ordinare la misura e al fatto che l'inosservanza della stessa integra un illecito. Vengono disciplinate le *ipotesi della sostituzione e della revoca della misura* così come la *revisione periodica*, per le determinazioni conseguenti, ispirate ai criteri di necessità e proporzione. Si stabilisce in via ordinaria che il periodo della *quarantena*, come di ogni altra misura, non può eccedere i *14 giorni*. Si disciplina l'*ipotesi dell'esecuzione forzata della quarantena* e, soprattutto, si prevede la *possibilità di un ricorso giurisdizionale*, affidato a una *magistrates' court* che può confermare o annullare la misura, ed eventualmente modificarla.

4. L'esperienza degli Stati Uniti.

La preoccupazione per il rispetto di diritti e libertà fondamentali, anche a fronte della pandemia, è presente anche oltre Oceano, in un ordinamento tradizionalmente sensibile alla tutela delle libertà individuali, come quello degli *Stati Uniti*, dove la legislazione statale ha da sempre un ruolo di primo, essendo quella federale diretta, nella sostanza, a prevenire l'ingresso dell'epidemia dall'esterno, ovvero la sua comunicazione tra gli stati (in questa luce va letta la [decisione del Presidente Trump di tornare sui suoi passi](#), dopo avere annunciato nei giorni scorsi la quarantena per alcuni stati, compreso quello di New York). La *preoccupazione per la possibile violazione di diritti e libertà costituzionalmente protetti*, a livello tanto statale quanto federale, è già presente nel dibattito pubblico come in quello accademico. Si è addirittura ricordato⁶ come una corte federale, nel 1900 (*Jew Ho v. Williamson*), pose fine alla *quarantena di un intero quartiere cinese di San Francisco* (oltre 15.000 persone), disposta dall'autorità per contenere la diffusione di un'epidemia di peste bubbonica: la misura era stata infatti ordinata, in realtà, per motivi razziali e senza che fosse realmente idonea allo scopo dichiarato. Come si legge in [un articolo pubblicato nel 2014](#), all'epoca dell'emergenza legata al virus Ebola, "*Jew Ho serves as a reminder that quarantine can be used as an instrument of prejudice and subjugation of vulnerable individuals or populations*". La *giurisprudenza americana è d'altra parte perfettamente consapevole di quanto la quarantena incida sulle libertà individuali* – al pari di altre misure in ambito sanitario (quelle destinate ai pazienti psichiatrici) e delle misure detentive proprie del sistema penale – e si è tradizionalmente concentrata su profili attinenti alla compatibilità con i principi del *due process*⁷. Così, ad esempio, in un caso del 1909 (*State v. Kirby*), la Corte suprema dello Iowa annullò una sentenza di condanna

⁶ Cfr. W. E. PARMET, M. S. SINHA, [The Law and Limits of Quarantine, in The New England Journal of Medicine](#), 18 marzo 2020

⁷ Cfr. M. SUTTON, *Forced Quarantine & Isolation: Does the Law Adequately Balance Individual Rights and Societal Protection*, in [University of La Verne Law Review](#), 2018, 112 s.

per inosservanza della quarantena, nei confronti di un soggetto affetto da vaiolo, perché *non erano stati adempiuti gli obblighi di informazione, da parte dell'autorità*⁸. Più di recente, nel 1980, la Corte Suprema d'Appello della West Virginia ([Greene v. Edwards](#)), dopo avere sottolineato come la libertà personale sia "*a right of the very highest nature [that] stands next in order to life itself*", riconobbe a una persona collocata in quarantena in un ospedale, perché affetta da tubercolosi, *un insieme di diritti normalmente riconosciuto alle persone detenute per ragioni di giustizia: "(1) an adequate written notice detailing the grounds and underlying facts on which commitment is sought; (2) the right to counsel and, if indigent, the right to appointed counsel; (3) the right to be present, to cross-examine, to confront and to present witnesses; (4) the standard of proof to be by clear, cogent and convincing evidence; and (5) the right to a verbatim transcript of the proceedings for purposes of appeal"*.

La legislazione in vigore negli stati americani è per lo più datata, essendo l'epidemia un flagello del passato tornato nel presente. Di qui l'impegno degli *states* in una frenetica attività normativa e di *law enforcement* (ne dà notizia in modo dettagliato il [sito internet della National Conference of State Legislatures](#)), mentre a livello federale la legge (Section 361 del Public Health Service Act) già da tempo attribuisce ai CDC (Centers for Disease Control and Prevention) il potere di fermare (in particolare alla frontiera) e di collocare in quarantena, per il tempo strettamente necessario, gli individui portatori di malattie infettive. Il modello di ordine di quarantena, che pubblichiamo in allegato, contiene una serie di dettagliate informazioni dirette al sottoposto alla misura, compresa la seguente, significativa, previsione finale: "*This order does not affect any constitutional or statutory rights that you may have to ask a federal court to review your federal quarantine, including any rights to habeas review under 28 U.S.C. § 2241*".

Diversamente da quanto è avvenuto da noi, gli Stati Uniti si apprestano dunque a fronteggiare il coronavirus (la tempesta è purtroppo appena iniziata, in quel paese) con *una consapevolezza diffusa*, anche a livello di opinione pubblica, della *necessità di disciplinare e gestire la quarantena come una misura detentiva*, accompagnata da imprescindibili garanzie. È così che in un interessante articolo, pubblicato nei giorni scorsi nel *New England Journal of Medicine*, si legge quanto segue: "*Despite their breadth, the federal and state quarantine powers are subject to important constitutional limitations. First, as Jew Ho affirmed, quarantines cannot be imposed in a racially invidious manner. Second, governments must have a strong basis for the restrictions. Looking to case law regarding civil commitment, many scholars and some lower courts have concluded that isolation and quarantine are constitutional only when the government can show by clear and compelling evidence that they are the least restrictive means of protecting the public's health. However, at least two federal courts reviewing postdetention challenges to Ebola quarantines held that the standard was not sufficiently well established to allow the claims to go forward. Third, persons who are detained, or whose liberty is otherwise restricted, are entitled to judicial review — traditionally under the writ of habeas corpus. Finally, when governments detain people, they must meet those people's basic needs, ensuring access to health care, medication, food, and sanitation. Such standards are not only constitutionally compelled: they are critical to ensuring that detained persons comply with orders*"⁹.

5. La quarantena nella disciplina italiana: normativa di fonte primaria.

Anche la nostra legislazione si è fatta cogliere impreparata da un evento che, d'altra parte, era del tutto inatteso, nella sua portata. La disciplina delle "misure contro la diffusione delle malattie infettive dell'uomo" ha quasi un secolo: è contenuta nel testo unico delle leggi sanitarie, approvato con un regio decreto del 1934 (r.d. 27 luglio 1934, n. 265, artt. 253-262), che individua una catena

⁸ *Ibidem*, 113.

⁹ Cfr. W. E. PARMET, M. S. SINHA, [The Law and Limits of Quarantine](#), in [The New England Journal of Medicine](#), cit.

di comunicazione (sanitario – podestà – prefetto) il cui terminale ultimo è il Ministro dell'Interno, che “può emettere ordinanze speciali per la visita e disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa” (art. 261). Nessun riferimento espresso alla quarantena, dunque. Si tratta d'altra parte di una disciplina che precede la Costituzione e che sembrerebbe sostanzialmente superata (fa ancora riferimento al podestà)¹⁰. Ad essa la legislazione dell'emergenza coronavirus ha fatto riferimento *al limitato fine* di un rinvio *quoad poenam* all'art. 260, per individuare la pena – contestualmente inasprita – per la nuova contravvenzione di inosservanza della quarantena da parte del soggetto positivo al virus (art. 4, comma 6, d.l. 25 marzo 2020, n. 19).

La quarantena ha una (*esile*) base legale nell'art. 1, comma 2, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che individua due diverse misure:

- la “quarantena precauzionale” disposta nei confronti dei “soggetti che hanno avuto *contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva* diffusiva o che *rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano*” (art. 2, comma 1, lett. d) d.l. n. 19/2020);
- il “*divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione* o dimora per le persone sottoposte alla misura della *quarantena perché risultate positive al virus*” (art. 2, comma 1, lett. e) d.l. n. 19/2020).

L'inosservanza della quarantena precauzionale, al pari delle altre misure di contenimento dell'epidemia, integra l'*illecito amministrativo* di cui all'art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020 punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 400 a 3000 euro. L'inosservanza della quarantena da parte di chi vi è stato sottoposto in quanto positivo al virus integra, invece, il *reato* di cui all'art. 4, comma 6, d.l. n. 19/2020, punito con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000.

Il decreto-legge si limita nominare le due misure individuandone i presupposti (rispettivamente, l'aver avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva e l'essere rientrati dall'estero; l'essere risultati positivi al virus). Come per tutte le altre misure di contenimento, la quarantena può essere adottata sull'intero territorio nazionale o su parte di esso, fino al 31 luglio 2020, *con provvedimenti generali e astratti* del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.p.c.m.) o, in via d'urgenza, del Ministro della Salute o dei Presidenti delle Regioni. Diversamente dal *Coronavirus Act* inglese, *nulla dice però il nostro decreto-legge a proposito dei provvedimenti, individuali e concreti, che applicano la misura della quarantena: né in merito all'autorità competente, né a riguardo dei doveri di informazione, della durata e dell'eventuale revisione periodica e revoca, né circa la convalida della misura e i rimedi per contestarne l'applicazione. Sono tutti aspetti, questi, che dovrebbero essere disciplinati da una fonte primaria – lo impongono, come abbiamo detto, i principi costituzionali e convenzionali – e che invece in parte sono privi di disciplina (come nel caso della convalida e dei rimedi giurisdizionali) e, in parte, sono rimessi (senza neanche operare un rinvio nel decreto-legge) a fonti secondarie.*

Nemmeno è sempre lineare l'indicazione nominativa delle misure: talora infatti, riferendosi alla quarantena, si parla di “*permanenza domiciliare*” e di “*sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario*”, condizioni che possono essere attuate nell'*abitazione* (o comunque in un luogo di privata dimora) ma anche, come si ricava dall'art. 6, comma 7, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in “*strutture alberghiere*”, all'uopo requisite, ovvero in “*altri immobili aventi analoghe caratteristiche di idoneità*”, pure requisiti “per ospitarvi le persone in sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario o in permanenza domiciliare, laddove tali misure non possano essere attuate presso il domicilio della persona interessata”. La normativa secondaria, come vedremo, sembrerebbe confermare che *la misura della quarantena non riguarda invece le persone ricoverate in strutture ospedaliere*, e li isola dagli altri pazienti per evitare la diffusione del contagio. Se ciò fosse vero, vi sarebbe un grave vuoto di tutela, se è vero che il reato di cui all'art. 4, comma 6, d.l. n. 19/2020, non riguarderebbe i positivi al virus che si allontanano da un ospedale. È vero che la

¹⁰ Ritiene invece che quella disciplina, con uno sforzo interpretativo, possa rappresentare la base legale per attribuire al sindaco, quale autorità sanitaria locale, la competenza a disporre la quarantena, A. NATALE, [Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie](#), cit.

stanza di un ospedale è la dimora del paziente, mentre è ricoverato, e che la condotta incriminata è l'allontanamento dalla dimora. Ma è anche vero che il ricovero in ospedale è disposto per ragioni di tutela della salute del paziente e non, a quanto pare, a titolo di misura di contenimento dell'epidemia, la cui inosservanza è penalmente sanzionata.

6. (segue): *normativa di fonte secondaria.*

Nel dedalo dei d.p.c.m., delle ordinanze e delle circolari ministeriali di queste settimane è possibile rinvenire taluni aspetti di disciplina della quarantena. Quanto alla *quarantena per i positivi al virus*, allo stato viene in rilievo addirittura una [Circolare del Ministero della Salute del 22 febbraio 2020](#). In essa si individuano come soggetti competenti ad adottare la misura il *medico di medicina generale* e il *pediatra di libera scelta* e si distingue a seconda che il paziente sia sintomatico o asintomatico. In caso di soggetto riscontrato *positivo al tampone*, e al momento *asintomatico*, il medico o il pediatra devono provvedere alla “*quarantena domiciliare con sorveglianza attiva per 14 giorni*”. Quanto ai soggetti *sintomatici*, ne è previsto l’*“isolamento”* in vista dell’eventuale destinazione a una *struttura sanitaria*, all’interno della quale “i casi confermati di COVID-19 devono rimanere in isolamento *fino alla guarigione clinica* che dovrebbe essere supportata da assenza di sintomi e tampone naso-faringeo ripetuto due volte a distanza di 24 ore e risultati negativi per presenza di SARS-CoV-2 prima della dimissione ospedaliera”.

6.1. *L’ordinanza del Ministero della Salute del 21 febbraio 2020.*

La quarantena precauzionale è disciplinata dall’[ordinanza del Ministero della Salute del 21 febbraio 2020](#), la cui efficacia è stabilita in novanta giorni. In essa si individuano quali autorità competenti e obbligate a ordinare la “misura della *quarantena con sorveglianza attiva*”, per *quattordici giorni*, le “*autorità sanitarie territorialmente competenti*”. Destinatari della misura, come nel d.l. n. 19/2020, sono “gli individui che abbiano avuto *contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva COVID-19*”, nonché quelli *rientrati in Italia* “dopo aver soggiornato nelle aree della Cina interessate dall’epidemia *nei quattordici giorni precedenti*”. Nei confronti di tali individui si prevede che le suddette autorità debbano ordinare la “misura della *permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva* ovvero, in presenza di condizioni ostative, misure alternative di efficacia equivalente”.

6.2. *Il d.p.c.m. 4 marzo 2020.*

Successivamente alla citata ordinanza ministeriale, il [d.p.c.m. 4 marzo 2020](#)¹¹ ha disciplinato diversamente la misura, estendendola a quanti, nei quattordici giorni precedenti, siano *rientrati dall’estero* (non più pertanto *solo* dalle aree della Cina interessate dall’epidemia), ovvero siano *transitati nelle ‘zone rosse’ italiane* (ad es., a Codogno). La misura viene denominata “*permanenza domiciliare*”; una denominazione che testimonia la natura limitativa della libertà personale della misura (con tutto quel che ne consegue sul piano delle garanzie), se è vero che *la stessa denominazione, nel sistema penale, è propria di una delle pene principali irrogabili dal giudice di pace* (art. 53 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). Nessun dubbio peraltro che si tratti di una “quarantena”, come conferma lo stesso d.p.c.m. allorché prevede che all’interessato sia rilasciato, per giustificare l’assenza dal lavoro, un certificato che attesti che “per motivi di sanità pubblica è stato posto in

¹¹ Tale d.p.c.m. è stato adottato sulla base del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, ora abrogato dal d.l. n. 19/2020, che all’art. 1, comma 2, contemplava tra le misure di contenimento dell’epidemia sia la “quarantena con sorveglianza attiva degli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva”, sia la “permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva” per quanti fossero rientrati in Italia provenendo da zone a rischio epidemiologico.

quarantena”. Competenti a “prescrivere” la misura sono “l’operatore di sanità pubblica e i servizi di sanità pubblica territorialmente competenti”. Il citato d.p.c.m. individua alcune “modalità” da seguire nell’applicazione della misura. Una volta che sia stata “accertata la necessità di avviare la sorveglianza sanitaria e l’isolamento fiduciario”, le autorità competenti a prescrivere la misura sono tenute a *obblighi di informazione* nei confronti del soggetto interessato: esse “informano dettagliatamente l’interessato sulle misure da adottare, illustrandone le modalità e le finalità al fine di assicurare la massima adesione”. Vengono poi elencate le seguenti *prescrizioni*: “a) *mantenimento dello stato di isolamento per quattordici giorni dall’ultima esposizione*; b) *divieto di contatti sociali*; c) *divieto di spostamenti e viaggi*; d) *obbligo di rimanere raggiungibile per le attività di sorveglianza*”. Si prevede inoltre che “in caso di comparsa di sintomi la persona in sorveglianza deve: a) avvertire immediatamente il medico di medicina generale o il pediatra di libera scelta e l’operatore di Sanità Pubblica; b) indossare la mascherina chirurgica fornita all’avvio della procedura sanitaria e allontanarsi dagli altri conviventi; c) *rimanere nella propria stanza con la porta chiusa* garantendo un’adeguata ventilazione naturale, in attesa del trasferimento in ospedale, ove necessario”. Ancora, il d.p.c.m. prevede che “l’operatore di sanità pubblica provvede a contattare quotidianamente, per avere notizie sulle condizioni di salute, la persona in sorveglianza” e che in caso di comparsa di sintomatologia, dopo aver consultato il medico di medicina generale o il pediatra di libera scelta, il medico di sanità pubblica avvia l’individuo a una struttura ospedaliera.

6.3. *L’ordinanza del Ministero della Salute e del Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture del 28 marzo 2020.*

Da ultimo, nel rinnovato assetto della normativa dell’emergenza COVID-19, conseguente all’abrogazione del d.l. n. 6/2020 e all’entrata in vigore del *d.l. n. 19/2020*, la disciplina della quarantena, per il caso di *persone provenienti dall’estero*, ha subito una ulteriore modifica ad opera dell’[ordinanza del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, del 28 marzo 2020](#).

In essa si prevede anzitutto che “chiunque intende fare ingresso nel territorio nazionale, tramite *trasporto di linea aereo, marittimo, lacuale, ferroviario o terrestre*” è tenuto, “ai fini dell’accesso al servizio”, a consegnare al vettore all’atto dell’imbarco dichiarazione sostitutiva *ex artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445/2000* nella quale dichiara, tra l’altro, i motivi del viaggio e “*l’indirizzo completo dell’abitazione o della dimora in Italia dove sarà svolto il periodo di sorveglianza sanitaria e l’isolamento fiduciario...ed il mezzo privato o proprio che verrà utilizzato per raggiungere la stessa*”¹².

L’ordinanza prevede che i responsabili del trasporto acquisiscano e verifichino la dichiarazione e provvedano alla “misurazione della temperatura dei singoli passeggeri”, “*vietando l’imbarco se manifestano uno stato febbrile*, nonché nel caso in cui la predetta documentazione non sia completa”. Mentre l’*art. 16, comma 2, Cost.* garantisce al cittadino la libertà di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, “salvo gli obblighi di legge”, e l’*art. 2 Prot. 4 Cedu*, parimenti, riserva alla legge, se necessarie e ragionevoli, eventuali limitazioni al “*diritto di lasciare qualsiasi paese*”, una misura limitativa di tale sua libertà (così come di quella dello straniero), quale il *divieto di ingresso in Italia per chi abbia la febbre*, è dunque adottata con una ordinanza ministeriale, in assenza di una previsione di legge. Né una base legale per tale misura può essere rappresentata dal d.l. n. 19/2020, che all’*art. 1, comma 2, lett. dd)* si limita a prevedere, tra le misure adottabili, meri “obblighi di comunicazione al servizio sanitario nazionale nei confronti di coloro che sono transitati e hanno sostato in zone a rischio epidemiologico come identificate dall’Organizzazione mondiale della sanità o dal Ministro della salute”.

¹² Tale disposizione – con previsione discutibile sotto il profilo del principio di uguaglianza – non si applica, per espressa previsione dell’ordinanza, ai lavoratori transfrontalieri e a chi viaggia per conto di imprese aventi sede legale in Italia (oltre che – e la previsione in tal caso appare senz’altro ragionevole – al personale sanitario diretto in Italia).

Chi riesca a partire, non avendo la febbre, è tenuto al suo arrivo a darne comunicazione all'autorità sanitaria competente per territorio, in vista della sottoposizione “alla sorveglianza sanitaria e all'isolamento fiduciario per un periodo di quattordici giorni presso l'abitazione o la dimora preventivamente indicata”. Ancora, l'ordinanza prevede che “se dal luogo di sbarco del mezzo di trasporto di linea utilizzato per fare ingresso in Italia non sia possibile per una o più persone raggiungere effettivamente l'abitazione o la dimora indicata alla partenza come luogo di effettuazione del periodo di sorveglianza sanitaria e di isolamento fiduciario, fermo restando l'accertamento da parte dell'Autorità giudiziaria sull'eventuale falsità della dichiarazione resa all'atto dell'imbarco..., l'Autorità sanitaria... informa immediatamente la Protezione Civile Regionale che... determina le modalità e il luogo dove svolgere la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario, con spese a carico esclusivo delle persone sottoposte alla predetta misura”.

Analogo obbligo di comunicazione è posto a carico delle persone che entrano in Italia, tramite mezzo proprio o privato, anche se asintomatiche: anche esse vengono “sottoposte alla sorveglianza sanitaria e all'isolamento fiduciario per un periodo di quattordici giorni presso l'abitazione o la dimora indicata nella medesima comunicazione”. E, anche in questo caso, qualora sia impossibile raggiungere l'abitazione o la dimora indicata, viene demandato alla Protezione Civile di “determinare le modalità e il luogo dove svolgere la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario, con spese a carico esclusivo delle persone sottoposte alla predetta misura”.

L'ordinanza fa salva, per i soli asintomatici, la possibilità, durante il periodo di sorveglianza sanitaria e di isolamento fiduciario, di cambiare luogo di esecuzione della misura, previa comunicazione. Esclusioni soggettive dall'applicazione dell'ordinanza – e pertanto delle correlate misure – sono previste per il personale addetto al trasporto delle merci.

7. Conclusioni.

Alla luce delle premesse di diritto costituzionale, internazionale e straniero, dalle quali abbiamo preso le mosse, sembra davvero evidente la necessità di intervenire con una fonte primaria a disciplinare in modo organico la quarantena e le altre misure limitative di diritti e libertà fondamentali. In un paese con la nostra tradizione è francamente inaccettabile, pur in un contesto di emergenza, che la disciplina di simili misure, capaci di incidere profondamente sulle più basilari libertà, sia affidata a fonti di rango secondario, che si affastellano con una velocità impressionante, dando vita a quadro normativo in continua evoluzione e già quasi indomabile. Si tratta allora, anche grazie ai modelli offerti dall'esperienza straniera, di fissare in una legge alcuni principi fondamentali, lasciando alla normativa secondaria gli aspetti di dettaglio – e solo quelli. Tra i principi, quanto alla quarantena, ci sembra che una priorità debba essere riconosciuta a quello della *convalida*, da parte dell'autorità giudiziaria; una procedura che dovrebbe opportunamente essere disciplinata con un procedimento semplificato, *de plano*, per via telematica¹³. In questo momento le energie del paese sono concentrate sull'emergenza. E per quanto gli operatori della giurisdizione siano già carichi di lavoro, l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali, anche e soprattutto di fronte all'emergenza, impone ad essi di fare la loro parte. Perché *oltre alla medicina e alla scienza anche il diritto – e il diritto dei diritti umani in primis – deve essere in prima linea*: non tanto per vietare e sanzionare – come si sta fin troppo sottolineando in questi giorni – quanto per garantire e tutelare tutti noi. Oggi l'emergenza si chiama coronavirus. Domani non lo sappiamo. E quel che facciamo o non facciamo oggi, per tenere dritta la barra sulla rotta dei principi del sistema, può condizionare il nostro futuro.

¹³ Per una considerazione analoga, v. A. NATALE, [Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie](#), cit.

Antonio Ruggeri

Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*

ABSTRACT: *The paper argues that the current coronavirus emergency, while placing the institutions called to manage it under stress, does not seem - at least to this day - to compromise their stability. However, the crisis in the already endemically compromised system of legal sources is further aggravated. The thesis which requires a general rewriting of the constitutional canons relating to the sources themselves, with particular regard to emergency management, is further confirmed.*

SOMMARIO: 1. La sofferta tenuta dell'assetto istituzionale, nelle sue più salienti espressioni precedenti l'emergenza, e la crisi acuta, forse irreversibile, del sistema delle fonti, testimoniata in modo vistoso dal modo con cui si è tentato di arginare la diffusione del contagio: un'apparente stranezza, perlomeno a tenere ferma l'idea secondo cui l'assetto suddetto si rispecchia in modo fedele nel quadro delle fonti. – 2. Le gravi contrazioni subite dai diritti costituzionali ad opera di atti non abilitati a porle in essere, in modo eloquente espressive di una torsione marcata sofferta dal modello disegnato nella Carta, e l'improprio riferimento allo "stato di guerra" al fine di giustificarle. – 3. I decreti del Presidente del Consiglio, il difettoso coinvolgimento parlamentare di cui si ha riscontro in occasione della loro adozione, il bisogno di apportare gli opportuni correttivi idonei a ristabilire il fisiologico funzionamento delle relazioni tra gli organi della direzione politica. – 4. Le ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci, il modo incerto con cui si pongono in rapporto con i decreti del Presidente del Consiglio, il quadro appannato e confuso che ne risulta, foriero di disorientamento per la collettività. – 5. La spinosa questione dei controlli sugli atti posti in essere per far fronte all'emergenza, da quest'ultima fatalmente obbligati a risultare fortemente circoscritti, e il bisogno di recuperare in prospettiva *de iure condendo* un ruolo ancora più incisivo a beneficio del Capo dello Stato, al cui vaglio dovrebbero essere sottoposti anche i decreti del Presidente del Consiglio. – 6. Infondati – perlomeno alla luce dell'assetto in atto esistente dei rapporti tra le forze politiche – i timori da più parti manifestati circa la possibile involuzione autoritaria del sistema istituzionale. – 7. I tre dati emergenti dall'analisi svolta: un segno di ottimismo circa il sollecito ritorno alla "normalità" istituzionale una volta cessata l'emergenza, la conferma della crisi che da tempo affligge il sistema delle fonti, le angosce previsioni riguardanti la tenuta del sistema economico (e, di riflesso, di quello sociale).

1. La sofferta tenuta dell'assetto istituzionale, nelle sue più salienti espressioni precedenti l'emergenza, e la crisi acuta, forse irreversibile, del sistema delle fonti, testimoniata in modo vistoso dal modo con cui si è tentato di arginare la diffusione del contagio: un'apparente stranezza, perlomeno a tenere ferma l'idea secondo cui l'assetto suddetto si rispecchia in modo fedele nel quadro delle fonti

Il coronavirus non ha messo a nudo solo le strutturali debolezze e fragilità di ciascuno di noi ma ha offerto (ed offre) una testimonianza vistosa ed attendibile, per un verso, di un certo modo complessivo di essere e di operare delle istituzioni e, per un altro verso, della crisi che, ormai in modo endemico, affligge il sistema delle fonti. D'altronde, non c'è da meravigliarsene: da tempo, infatti, la più avvertita dottrina ha messo in chiaro che è proprio nelle situazioni di emergenza¹ che

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ ... dalle quali, nondimeno, sono da tenere distinti gli stati di eccezione, nell'accezione ristretta e propria affermata dopo la poderosa riflessione teorica schmittiana [v., part., R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in *Biolaw Journal*, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 20 marzo 2020; A. LO GIUDICE, *Quel vecchio tic dello stato d'eccezione*, in *Left Wing*, 24 marzo 2020, e, ora, C. CARUSO, *Intervista su La pandemia aggredisce anche il diritto?*, a cura di F. De Stefano, in *Giustizia insieme*, 2 aprile 2020; sullo stato di eccezione con riguardo all'oggi, v., inoltre, G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Biolaw Journal*, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 20 marzo 2020; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quad. cost.*, 26 marzo 2020; T. EPIDENDIO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*,

si misura ed apprezza la capacità di tenuta delle istituzioni e dell'intero ordinamento cui esse appartengono e, dunque, in buona sostanza, l'attitudine di quest'ultimo a trasmettersi integro nel tempo.

Qui è, però, il punto. Siamo sicuri che quando lo tsunami che ci ha travolto sarà alle nostre spalle tutto tornerà come prima o non piuttosto si saranno ormai avviati nuovi processi di ordine istituzionale e sociale i cui esiti non siamo oggi in grado di prevedere neppure per grandi linee?

Enuncio subito la tesi che mi prefiggo di argomentare e passo quindi ad illustrarne con la massima rapidità le ragioni che la sostengono. Ed è che l'emergenza, pur ponendo sotto *stress* le istituzioni chiamate a farvi fronte e l'equilibrio complessivo del sistema dalle stesse composto, non sembra – perlomeno ad oggi – mettere a rischio la tenuta di quest'ultimo². Di contro, la crisi nella quale da tempo, endemicamente, versa il sistema delle fonti non sembra ormai più reversibile; e l'unica fioca speranza della sua sopravvivenza – come mi affanno a dire da tempo – sembra essere legata all'appagamento del bisogno di una nuova e profonda riscrittura delle norme costituzionali sulle fonti, per l'aspetto delle procedure che presiedono alla loro venuta alla luce³ come pure per il posto assegnato a ciascuna di esse in seno al sistema e, perciò, per le relazioni che tra le stesse s'intrattengono e gli effetti discendenti dalla loro produzione.

Se l'ipotesi ricostruttiva ora formulata dovesse risultare confermata, l'esito sarebbe singolare, sol che si tenga fermo il punto di vista corrente secondo cui nelle dinamiche della normazione si rispecchiano fedelmente le relazioni istituzionali, la “forma” del sistema delle fonti ponendosi quale la proiezione diretta ed immediata della “forma di governo”, del suo complessivo modo di essere e di divenire.

È, ad ogni buon conto, provato che il sistema delle fonti risulta afflitto – si ripete, ormai stancamente, da tempo⁴ – da una crisi strutturale, alla quale si è tentato di porre un qualche rimedio, a mia opinione, in modi complessivamente pasticciati e, comunque, inappaganti.

Mi limito in questa sede a richiamarne unicamente le manifestazioni di maggiore evidenza, circoscrivendo il riferimento ai profili più direttamente evocati dalla congiuntura in atto. Manifestazioni che, poi, pur nella varietà dei loro profili e degli effetti, convergono tutte nel dare conferma – come si diceva – della necessità di una nuova razionalizzazione costituzionale del sistema in parola, delle dinamiche che lo attraversano e connotano, del suo modo complessivo di essere e di evolversi, specie nel presente contesto segnato, per un verso, da relazioni sempre più strette tra gli Stati in seno alla Comunità internazionale ed alle organizzazioni che la popolano (tra le quali, ovviamente, per ciò che ci tocca più da presso, l'Unione europea) e, per un altro verso, dal ruolo di prima grandezza esercitato dallo sviluppo scientifico e tecnologico, dei cui esiti non può comunque farsi a meno⁵ al fine di far fronte – nei limiti delle risorse disponibili – alle plurime ed ingravescenti emergenze gravanti sull'intera umanità (da quella climatica a quella migratoria, economica, sanitaria, ecc.), tutte peraltro reciprocamente intrecciate. D'altronde, basti solo porre mente al fatto che – come rilevato da una sensibile dottrina⁶ –, per restare al tema che oggi ci

in [Giustizia insieme](#), 30 marzo 2020, a cui opinione nella congiuntura in atto si sarebbe in presenza di uno stato di eccezione “in senso debole”; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, Editoriale, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2020, 31 marzo 2020].

² Fiduciosa si è al riguardo prontamente dichiarata un'accreditata dottrina [R. BIN, *Guardando a domani*, in [laCostituzione.info](#), 12 marzo 2020].

³ ... a partire da quelle che stanno a base della formazione delle leggi, ad oggi eccessivamente farraginose e complessivamente inadeguate a far fronte ad una domanda di regolazione giuridica viepiù imponente e pressante.

⁴ Riferimenti ed indicazioni, per tutti, nei contributi di AA.VV., *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, a cura di M. Siclari, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, e AA.VV., *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di T. Mazzaresse, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 1/2017.

⁵ Se ne hanno ormai quotidiani riconoscimenti proprio nella sofferta congiuntura in atto, ripetendosi da parte del Presidente del Consiglio e da esponenti politici in genere che le misure adottate saranno man mano riconsiderate alla luce delle indicazioni venute dagli scienziati e dagli esperti in genere.

⁶ M. CARDUCCI, *Il corpo “malato” del Sovrano*, in [laCostituzione.info](#), 19 marzo 2020; v., inoltre, utilmente, A. LO GIUDICE, *Quel vecchio tic dello stato d'eccezione*, cit.

occupa, le zoonosi, vale a dire le malattie trasmesse dagli animali all'uomo, hanno con ogni probabilità la radice da cui si alimentano proprio negli sconvolgimenti climatici ai quali la Comunità degli Stati fin qui non ha saputo porre almeno in parte rimedio. Sconvolgimenti che, poi, rendono una eloquente conferma del fatto che la gran parte delle emergenze, se non tutte, si porta ben oltre le forze di cui i singoli Stati, anche i più attrezzati, dispongono e reclama imperiosamente la produzione di uno sforzo corale da parte della Comunità stessa proteso a farvi fronte, preludio – si spera – di quel costituzionalismo cosmopolitico da tempo vagheggiato da una generosa dottrina e però ad oggi dimostratosi un'utopia.

Dicevo che da anni mi sono fatto persuaso (e vado viepiù radicandomi nel convincimento) della necessità di una nuova disciplina costituzionale del sistema delle fonti. So bene che non è certo quella presente la stagione adatta per porvi mano; quando, però, si tornerà allo stato di quiete, credo che non sarà più possibile rimandare oltre l'adempimento di questo impegno, per gravoso che oggettivamente sia, e non soltanto – sia chiaro – per ciò che attiene alla gestione delle emergenze, nella odierna congiuntura reclamata da più parti, ma anche, in primo luogo, con riguardo – potrebbe dirsi – alla ordinaria amministrazione e manutenzione del sistema suddetto.

Sarebbe, infatti, un imperdonabile errore ed una grave leggerezza seguire – come hanno fatto sin qui dottrina e giurisprudenza – a far luogo ad autentiche e rischiose acrobazie teorico-ricostruttive al fine di dare una qualche (e poco credibile) giustificazione ad una esperienza complessivamente, vistosamente debordante dai bassi e stretti argini costituzionali. Il rischio maggiore che, a mio modo di vedere, si corre è di dare un generoso, indulgente avallo a pratiche istituzionali e normative suscettibili di recare guasti non da poco ad un sistema di per sé assai poco attrezzato per rimediare. In tal modo, si seguirebbe a spianare, in buona sostanza, la via alle più vigorose tendenze di una politica *Constitutioni soluta*, per la elementare ragione che la legge fondamentale della Repubblica nulla dice in relazione a talune espressioni delle pratiche suddette e, perciò, col fatto stesso di non farvi menzione, di certo non ne autorizza la messa in atto e il radicamento nel terreno sociale ed ordinamentale.

Forse, non è inopportuno rammentare che in diritto pubblico in genere e costituzionale in ispecie, a riguardo dell'esercizio dei pubblici poteri, vale la regola opposta a quella usualmente considerata valida per i poteri privati, vale a dire che *è permesso unicamente ciò che è previsto*, la competenza dunque dandosi unicamente alla condizione che se ne abbia espressa regolazione delle modalità di esercizio e degli effetti.

2. Le gravi contrazioni subite dai diritti costituzionali ad opera di atti non abilitati a porle in essere, in modo eloquente espressive di una torsione marcata sofferta dal modello disegnato nella Carta, e l'improprio riferimento allo "stato di guerra" al fine di giustificarle

Venendo a dire di ciò che più da presso ci occupa, se guardiamo in faccia la realtà in tutta la sua crudezza, non possiamo non rilevare che diritti fondamentali di cittadini (e non) hanno subito (e subiscono), a causa della accelerata ed incontenibile diffusione del virus, gravi compressioni aventi, sì, la loro radice in atti di forza primaria ma in buona sostanza definite nei loro concreti contorni da atti – decreti del Presidente del Consiglio, in primo luogo⁷, e, quindi, decreti ministeriali e, ancora, ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci – la cui natura di fonti del diritto, perlomeno per una loro ristretta e severa accezione, quando pure la si ammetta, con molta buona volontà ed una oggettiva forzatura, porta gli atti stessi che ne sono dotati ai gradi più bassi del sistema, con buona pace delle riserve di legge al riguardo stabilite nella Carta⁸.

⁷ Sulla centralità di ruolo esercitato da tali atti, rilevato da una nutrita schiera di studiosi con non celata preoccupazione, v., per tutti, C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in Costituzionalismo.it, 1/2020, 31 marzo 2020, 78 ss., spec. 83 ss., e lett. *ivi*.

⁸ Il *vulnus* recato alle riserve di legge ricorre di frequente nella letteratura corrente [*ex plurimis*, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, Editoriale, in Dirittifondamentali.it, 1/2020, 27 febbraio 2020, 590 ss., che

Conosciamo tutti il raffinato (ma, per vero, anche – ad esser franchi – un po' sofisticato) ragionamento fatto da una generosa dottrina nel tentativo di offrire “copertura” teorico-positiva alla loro adozione⁹. In fondo, se ci si pensa, è la stessa giustificazione che da tempo si dà alle esperienze di delegificazione, considerandosi dunque onorato l'impegno assunto dal legislatore di disciplinare la materia demandatagli con il fatto stesso di dare indicazioni alle volte men che essenziali e rimandando perciò a decreti del Presidente del Consiglio che, a loro volta, rimandano ad altri atti ancora¹⁰, tutti variamente concorrenti al riempimento del quadro appena abbozzato nelle sue linee di fondo¹¹.

Qui, però, vi è di più; e, diversamente dalle esperienze di delegificazione, i decreti e gli altri atti suddetti incidono direttamente sulla essenza stessa della Costituzione, i diritti fondamentali, messi in stato di palese sofferenza per un tempo che va prolungandosi man mano che perdura la condizione di emergenza. La qual cosa, poi, ulteriormente avvalorata la tesi, nella quale da tempo mi riconosco, della opportunità (ed anzi della vera e propria necessità) di una disciplina costituzionale dell'emergenza¹² che offra “copertura”, a condizioni ed entro limiti puntualmente stabiliti, agli interventi in forma non legislativa che portano a contrazioni ora più ed ora meno vistose dei diritti.

denuncia il rischio di una “trasfigurazione” dello Stato costituzionale in “Stato di prevenzione”; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in [Biolaw Journal](#), *Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020; L.A. MAZZAROLLI, “Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in [Federalismi.it](#), *Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit.; R. DI MARIA, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di COVID-19: una questione non soltanto “di principio”*, in [Diritti Regionali](#), *Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1/2020, 30 marzo 2020, 507 ss. Riserve in merito al rispetto del principio di legalità sostanziale sono, inoltre, avanzate da G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in [Federalismi.it](#), *Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, spec. § 6].

⁹ Ha non molto tempo addietro fatto il punto sulla vessata questione, con specifico riguardo alle ordinanze suddette, E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna 2019, del quale v. altresì, con riguardo alla emergenza in atto, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in [Biolaw Journal](#), *Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020, dov'è una strenua difesa della legittimità delle misure di emergenza. In un non dissimile ordine di idee, anche U. ALLEGRETTI, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 28 marzo 2020. Più articolato è il giudizio di A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in [Diritti Regionali](#), *Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1/2020, 4 aprile 2020, spec. 374 ss., che nondimeno non contesta la legittimità, in via di principio, dell'operato del Governo per l'aspetto della tecnica decisoria adoperata.

¹⁰ Di una “delegificazione della delegificazione” discorre A. D'ALOIA, *L'emergenza e... i suoi 'infortuni'*, in [Dirittifondamentali.it](#), 26 marzo 2020, 4.

¹¹ Per vero, non si è mai capito bene quando possa dirsi sufficiente la disciplina posta con legge (o atti a questa equiparati), sì da considerarsi assolto il compito ad essa demandato dalla Carta. A conti fatti, un margine assai ampio di apprezzamento discrezionale resta poi, in ultima istanza, riconosciuto agli organi di garanzia (e, segnatamente alla Consulta). Nessun dubbio, tuttavia, sussiste ogni qual volta le previsioni contenute nella legge (o altri atti) si presentano eccessivamente contenute, sì da lasciare in buona sostanza il campo libero alla regolazione con atti di secondo e persino terzo grado.

¹² Ne ha, tra gli altri, caldeggiato l'adozione S. PRISCO, in S. PRISCO - F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in [Federalismi.it](#), *Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, 6. Riferimenti alle discipline stabilite in altri ordinamenti in A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in [Biolaw Journal](#), *Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 14 marzo 2020, § 3; un cenno anche in I.A. NICOTRA, *L'epidemia da covid-19 e il tempo della responsabilità*, in [Diritti Regionali](#), *Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1/2020, 23 marzo 2020, 396.

È, poi, chiaro che occorre porre mano al più presto ad una adeguata disciplina dei regolamenti camerali che dia modo alle assemblee di poter affiancare il Governo nel compito di direzione politica reso ancora più oneroso ed improbo dall'emergenza; e le proposte al riguardo non mancano [v., tra gli altri, S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in [Biolaw Journal](#), *Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 17 marzo 2020], nel mentre si

La dottrina più avvertita non ha mancato di rilevare, con dovizia di argomenti, il carattere *extra ordinem* dei provvedimenti in parola¹³. Sta di fatto che essi, seppur previsti da “metanorme” che li riguardano, risultano ad ogni buon conto sprovvisti di un’abilitazione costituzionale che dia loro modo di spiegarsi con effetti – non è inutile tornare a dire – incidenti su previsioni costituzionali. Peraltro, alcuni diritti (e mi riferisco ora segnatamente a quello di libertà religiosa¹⁴) neppure con legge possono essere menomati o sospesi nel loro godimento, mentre di altri diritti, per il modo con cui le restrizioni sono stabilite, non è neppure chiaro quali di essi risultino effettivamente coinvolti.

Penso alla più grave delle limitazioni in parola, quella di movimento, usualmente riferita alla libertà di circolazione, di cui all’art. 16 della Carta. Il carattere generale della misura depone senz’altro in tal senso ma il carattere fortemente afflittivo della stessa, suscettibile di deroga unicamente al verificarsi di condizioni per vero in modo alquanto sibillino indicate, parrebbe piuttosto riferirla alla libertà personale¹⁵. Certo, sarebbe oggettivamente un azzardo discorrere – come comunemente si fa – di “arresti domiciliari” generalizzati e sia pure condizionati alla insussistenza di cause giustificative del loro momentaneo superamento¹⁶, ma la realtà non è, purtroppo, da questi lontana. D’altro canto, anche l’idea di un cordone sanitario esteso all’intero Paese sembra estranea alla *ratio* dell’art. 16, di sicuro circoscritta a vincoli riguardanti esclusivamente talune, ben definite porzioni del territorio nazionale.

La verità è che in condizioni di emergenza “saltano” gli schemi correnti, obbligati a sottostare ad adattamenti forzosi e vistosi che di sicuro lasciano il segno sul corpo sociale, sull’ordinamento, sulla Costituzione. Tanto più poi questa amara conclusione vale per emergenze, quale quella in atto, coinvolgenti l’intero pianeta, tali da mettere a rischio, per un verso, il sistema economico dei singoli Paesi e delle organizzazioni in cui essi si riuniscono (per ciò che in modo

delineano soluzioni inusuali – alcune già adottate ed altre (segnatamente, quella del voto a distanza) prefigurate – che appaiono immediatamente praticabili al fine di dar modo alle assemblee di seguire a funzionare malgrado la diffusione del contagio [S. CURRERI, *L’attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereati mundus?*, in [la Costituzione.info](#), 11 marzo 2020, e, pure *ivi*, dello stesso, *Voto a distanza in Parlamento: i precedenti non lo impediscono affatto*, 16 marzo 2020; pure *ivi*, P. PASQUINO, *Il corona virus contro il Parlamento*, 17 marzo 2020; C. FUSARO, *Le Camere nell’emergenza della pandemia*, in [Progresso Europa Riforme](#), 18 marzo 2020, e, pure *ivi*, M. ADINOLFI, *Voto a distanza e modalità di presenza: una questione di principio*, 19 marzo 2020].

¹³ Tra gli altri, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da coronavirus*, cit., 4 ss.; F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in [Biolaw Journal](#), *Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 27 marzo 2020. In argomento, molto importante è ancora oggi il corposo studio di A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino 2011.

¹⁴ Ne rilevano la menomazione, tra gli altri, M. CARRER, *Salus rei publicae e salus animarum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del coronavirus*, in [Biolaw Journal](#), *Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020; S. PRISCO, in S. PRISCO - F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus*, cit., 15.; AA.VV., *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in [Federalismi.it](#), *Osservatorio emergenza Covid-19*, aggiornato al 31 marzo 2020, spec. 20. Rimarca la necessità della collaborazione con le autorità religiose per la concretizzazione delle misure limitative della libertà religiosa F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020: un suggerimento ermeneutico ecclesiasticistico*, in [Diritti Regionali](#), *Forum su La gestione dell’emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1/2020, 28 marzo 2020, 482 ss.

¹⁵ Di recente, una sensibile dottrina (C. CARUSO, *Intervista*, cit.) ha escluso che i provvedimenti adottati incidano sulla libertà personale con l’argomento che quest’ultima non è passibile di coercizione se non con riferimento a persone determinate. Nulla da eccepire al piano teorico-astratto; il punto è, però, che, nei fatti, parrebbe risultare fortemente limitata proprio la libertà suddetta con modalità comunque debordanti dal quadro costituzionale.

¹⁶ Ho anticipato questo rilievo nel mio *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in [Diritti Regionali](#), *Forum su La gestione dell’emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1/2020, 21 marzo 2020, 368 ss., spec. 375. Similmente, ora, A. D’ALOIA, *L’emergenza e... i suoi ‘infortuni’*, cit., 8 s., con richiamo ad un pensiero di M. AINIS. Anche A. D’ANDREA, *Protezione della salute pubblica, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in [Giustizia insieme](#), 25 marzo 2020; e G. LATTANZI, *Intervista su La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit., rilevano l’incisione patita dalla libertà personale. Cfr., inoltre, F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in [Questione Giustizia](#), 27 marzo 2020.

diretto ci tocca, del nostro Paese e dell'Unione) e, per un altro verso, il sistema istituzionale, in ciascuno degli ingranaggi di cui si compone e in tutti assieme.

Le lacune e carenze del dettato costituzionale per ciò che attiene alla gestione delle emergenze stesse sono di tutta evidenza né sono credibili i tentativi di colmarle ricorrendo agli schemi e agli strumenti in atto disponibili.

Non lo è, in primo luogo, quello fatto da chi, facendosi interprete ancora una volta di un sentire largamente diffuso (specie – ma non solo¹⁷ – in seno alla pubblica opinione)¹⁸, ha prospettato una dilatazione del concetto di “guerra” riferendolo appunto anche alla congiuntura in atto¹⁹, una dilatazione alla quale si oppone, innanzi tutto, l’andamento dei lavori preparatori della Carta. Come si rammenterà, in quella sofferta ma anche esaltante stagione, era stata affacciata la proposta di fare menzione in Costituzione dei poteri necessari a far fronte agli stati di emergenza, ad imitazione di quanto già fatto in Francia, proposta poi rigettata per il timore, alimentato dal ricordo ancora cocente dell’esperienza vissuta durante il ventennio, che un vento impetuoso potesse spazzare via la democrazia a fatica riconquistata a seguito della caduta del fascismo e della fine della seconda grande guerra.

Questa vicenda offre, dunque, sicura conferma del fatto che della “guerra” si aveva al tempo un’idea, conforme ad una millenaria tradizione, comunque non suscettibile di essere estesa alle emergenze quale quella che oggi ci occupa. È poi pur vero che l’*original intent* non possiede carattere assorbente e risolutivo a finalità interpretativa, e nondimeno – secondo l’insegnamento del giudice costituzionale (part., [sent. n. 138 del 2010](#)) – non può neppure essere del tutto messo da canto e giudicato privo di ogni significato. Oltre tutto, a chiudere definitivamente la questione sul punto, è decisiva la circostanza per cui non si è avuta la prescritta delibera parlamentare dello “stato di guerra”²⁰.

La tesi appena richiamata, ad ogni buon conto, merita attenta considerazione per un aspetto stranamente trascurato anche dalla più avvertita dottrina, vale a dire per il fatto che nella circostanza odierna, non ostando per fortuna l’emergenza in atto ad un fattivo coinvolgimento delle assemblee parlamentari, secondo quanto peraltro si dirà meglio tra un momento, sarebbe stata quanto meno sommamente opportuna se non pure necessaria una previa delibera parlamentare che dichiarasse lo “stato di emergenza”, sollecitandosi allo stesso tempo il Governo all’adozione dei poteri idonei a farvi fronte, magari uniformandosi ad un pugno di indicazioni essenziali allo scopo stabilito.

Detto altrimenti, lo schema dell’art. 78 avrebbe potuto essere imitato *in via di fatto*, non dandosi in tesi una disciplina costituzionale delle emergenze. Non è, d’altronde, chi non veda come non sia affatto la stessa cosa che si abbia un *previo e necessario*²¹ intervento parlamentare a carattere direttivo rispetto ad interventi meramente successivi (in specie, in sede di conversione dei decreti-legge man mano adottati, a partire appunto dal primo della serie).

¹⁷ Pubbliche dichiarazioni di uomini di governo o Capi di Stato, come quello francese, hanno infatti accreditato l’idea di una sostanziale equiparazione dell’emergenza in atto alle guerre vere e proprie [riferimenti in F. TAMMONE, “*Nous sommes en guerre*”: la lotta globale alla pandemia alla prova del Patto internazionale sui diritti civili e politici, in [SIDIblog](#), 27 marzo 2020].

¹⁸ V., però, l’incisivo rilievo critico ora mosso da C. CARUSO, *Intervista*, cit., che fa opportunamente notare essere “politicamente improprio e giuridicamente scorretto il riferimento al conflitto bellico”. Similmente, già, tra gli altri, B. CARAVITA, *L’Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, Editoriale, in [Federalismi.it](#) 6/2020, 18 marzo 2020, e I.A. NICOTRA, *L’epidemia da covid-19 e il tempo della responsabilità*, cit., 395 s.

¹⁹ F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, cit.

²⁰ Lo stato di emergenza è stato, infatti, deliberato dal Governo in data 31 gennaio 2020 per un periodo di sei mesi.

²¹ ... senza il quale il Governo sarebbe obbligato a restare legato al palo. È pur vero, però, che, a seguire la tesi secondo cui la delibera in parola dovrebbe rivestirsi della forma della legge, il Governo potrebbe prendere l’iniziativa della presentazione del relativo disegno; ma la tesi ora richiamata è – come si sa – fortemente discussa (e, comunque, di assai ardua realizzazione pratica). Nulla, ad ogni buon conto, vieta che sia comunque lo stesso Governo a sollecitare l’adozione della delibera stessa, quale che ne sia la forma.

3. *I decreti del Presidente del Consiglio, il difettoso coinvolgimento parlamentare di cui si ha riscontro in occasione della loro adozione, il bisogno di apportare gli opportuni correttivi idonei a ristabilire il fisiologico funzionamento delle relazioni tra gli organi della direzione politica*

Il nodo di fondo è però quello che avvolge, stretto e a dirla tutta soffocante, i decreti del Presidente del Consiglio, come pure gli atti adottati in ambito locale, regionale e comunale: atti che – come si sa – non sono preceduti né seguiti da un passaggio presso le assemblee elettive.

So bene qual è l'obiezione immediata alla quale si espone il ragionamento appena fatto, riguardante lo stesso strumento pensato proprio per fronteggiare i “casi straordinari di necessità e di urgenza”, il decreto-legge²². La riunione del Consiglio dei ministri avrebbe infatti potuto o – Dio non voglia – un domani potrebbe, a motivo del precipitare degli eventi, rivelarsi impraticabile, comunque maggiormente onerosa al confronto con l'agilità propria dei provvedimenti monocratici, quali appunto sono i decreti del Presidente del Consiglio o le ordinanze suddette²³. È pur vero, tuttavia, che l'esperienza conosce casi non sporadici di riunioni consiliari *ad horas*, anche in deroga alle procedure, peraltro alquanto flessibili, previste nel regolamento del Consiglio dei ministri.

Qui nuovamente però si rileva una carenza di ordine strutturale. Perché, dando per provata la necessità di far ricorso agli strumenti suddetti, non è purtroppo previsto un coinvolgimento *ex post* delle assemblee rappresentative, sulla falsariga – per intenderci – di quanto è previsto per i decreti-legge. Né è previsto – non si dimentichi – un controllo da parte del Presidente della Repubblica, sia pure nei limiti ai quali, secondo esperienza, va incontro in sede di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge del Governo e di emanazione degli atti, di rango sia primario che secondario, sottoposti a delibera del Consiglio dei ministri.

Fermo, poi, l'assunto che la caducazione con effetti retroattivi degli atti in parola sarebbe alquanto problematica e, forse, perlomeno per alcuni di essi o per alcuni loro contenuti, impraticabile, ciò non toglie che possa rivelarsi ugualmente opportuno il successivo passaggio parlamentare (e, *mutatis mutandis*, consiliare, quanto alla dimensione regionale e comunale), se non altro al fine di dar modo alle assemblee in parola di prospettare eventuali correzioni o integrazioni con effetti *pro futuro*. Un passaggio che, con specifico riguardo agli atti adottati in situazioni di emergenza, acquista uno speciale significato sol che si pensi che essi non producono gli effetti che sono propri delle fonti di secondo o terzo grado ma li proiettano – come si è venuti dicendo – allo stesso piano costituzionale incidendo su situazioni giuridiche soggettive protette dalla Carta.

D'altronde, in un non dissimile ordine di idee si dispone il decreto-legge n. 19 del 2020, laddove (art. 2, ult. comma) prevede che i provvedimenti del Governo sono comunicati entro il giorno successivo a quello della loro adozione alle Camere e che il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere stesse sulle misure adottate. Non è tuttavia prevista – come, invece, a mia opinione, sarebbe consigliabile in prospettiva *de iure condendo* – una procedura che dia modo alle Camere di apportare con effetti immediati emendamenti ai testi normativi varati dal Governo. La qual cosa trova giustificazione nel carattere sostanzialmente primario (e, forse, per taluni aspetti, persino superprimario...) delle misure in parola che sollecitano – come si viene dicendo – una qualche partecipazione di carattere normativo delle Camere alla loro complessiva messa a punto.

È chiaro che, a bocce ferme, alla luce di ciò che la Carta oggi dice (e, soprattutto, non dice...), non possiamo prefigurarci una sorta di “conversione” con legge dei decreti del Presidente del Consiglio e dei Ministri; e tuttavia, già al presente, le assemblee elettive possono indirizzare

²² ... del quale, peraltro, una sensibile dottrina auspica una disciplina “speciale” con riguardo a situazioni “davvero emergenziali ed eccezionali” [A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, cit., 6].

²³ La maggiore speditezza dei decreti del Presidente del Consiglio (e, in genere, degli atti di organi monocratici) è rilevata da molti autori [per tutti, L. DELL'ATTI - G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *Biolaw Journal*, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 11 marzo 2020, e M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020].

direttive al Governo volte ad emendare con effetti immediati gli atti in parola. Conosciamo tutti i limiti ai quali vanno incontro gli atti parlamentari d'indirizzo, il cui rilievo resta circoscritto al solo piano politico; al momento, però, non possiamo pretendere nulla di più di questo, e peraltro credo che il Governo non possa comunque, nei fatti, sottrarsi al vincolo di darvi sollecita e scrupolosa attuazione.

Opportune sono, poi, le previsioni presenti nel decreto-legge suddetto (ancora all'art. 2) relative a forme varie di coinvolgimento delle Regioni nel processo di produzione degli atti del Governo, sotto forma sia di consultazione che di proposta.

Non è il caso qui di disquisire circa il rispetto della sfera di competenze spettante agli enti dislocati sul territorio. Sono note le dispute, anche assai animate, al riguardo avutesi, specie nella fase iniziale dell'emergenza che hanno visto alcuni Presidenti di Regione risolutamente schierati in posizioni assai distanti da quelle del Governo; quando, però, la barca sta per affondare non è il caso di ricercare le cause di alcune supposte invasioni di campo e le relative responsabilità, impellente e prioritario essendo il bisogno di rimboccarsi le maniche per cercare di evitare l'irreparabile. D'altronde, come si è fatto altrove notare²⁴, senza ovviamente escludere per un aprioristico convincimento che anche nel perdurare degli stati di emergenza possano ugualmente funzionare i meccanismi di garanzia (specie in sede giurisdizionale) e risultarne pertanto protette tanto le competenze di enti od organi quanto le situazioni giuridiche soggettive indebitamente o irragionevolmente violate, può risultare meramente teorico-astratta la eventualità dell'annullamento di provvedimenti posti in essere a presidio di un numero incalcolabile di vite umane e, comunque, della salute individuale e dell'intera collettività. Oltre tutto, si tratta di provvedimenti che possono produrre (ed effettivamente producono) effetti materialmente irreversibili, a nessuno potendo essere restituita una libertà che gli è stata dapprima tolta, per il tramite della caducazione dei provvedimenti stessi, sol perché questi ultimi sono stati adottati in (supposta) alterazione dell'ordine costituzionale delle competenze Stato-Regioni.

Disponiamo, peraltro, di precedenti giurisprudenziali che avvalorano questa conclusione, riferiti a casi di ben minore emergenza di quella che oggi ci affligge e soffoca²⁵; e viene, dunque, da pensare che così sarà anche nella circostanza odierna.

4. Le ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci, il modo incerto con cui si pongono in rapporto con i decreti del Presidente del Consiglio, il quadro appannato e confuso che ne risulta, foriere di disorientamento per la collettività

La questione di cruciale rilievo, alla quale si è appena fatto cenno, concernente il coinvolgimento delle Camere in sede di definizione delle misure adottate dal Governo per far fronte all'emergenza si riproduce in forme forse ancora più gravi nella dimensione regionale e comunale con riguardo alle ordinanze adottate da Presidenti delle Regioni e Sindaci. E ciò, per la elementare ragione che i provvedimenti del Governo sono portati – come si è veduto – alla cognizione delle Camere, così messe in grado di impartire al Governo stesso le eventuali direttive volte alla loro correzione o integrazione, mentre questa opportunità non è espressamente concessa alle assemblee locali. Si aggiunga, poi, che le Regioni sono espressamente abilitate dal decreto-legge n. 19 del 2020 ad apportare misure d'inasprimento nei riguardi degli atti governativi, sia pure “esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività

²⁴ ... nel mio *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., spec. 369 ss.

²⁵ Si pensi, ad es., a [Corte cost. n. 10 del 2010](#), con cui è stata fatta salva la normativa statale che introduceva la *social card*, malgrado ricadesse su un ambito materiale – i servizi sociali – di sicura spettanza delle Regioni, proprio perché venuta alla luce per dare appagamento a diritti elementari dell'uomo e, in ultima istanza, alla dignità che tutti in sé li riassume e fonda.

produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale" (art. 3)²⁶; e l'esperienza ci consegna numerosi esempi in tal senso, alcuni dei quali animatamente discussi (e discutibili).

Per vero, gli stessi provvedimenti governativi in qualche punto sollevano più d'una perplessità in merito alla loro congruità con la gravissima emergenza in atto, presentandosi dunque problematicamente coerenti con il canone della ragionevolezza tanto per difetto quanto per eccesso.

L'esperienza maturata in Cina a riguardo del modo, pur se particolarmente sofferto, con cui è stato centrato – a quanto pare – l'obiettivo del superamento della fase maggiormente critica dell'emergenza, per un verso, insegna che i vincoli posti alle attività produttive e commerciali avrebbero dovuto essere, con ogni probabilità, maggiormente stringenti di come siano stati da noi disposti. Per un altro verso, alcune limitazioni alla libertà di movimento in pubblico avrebbero verosimilmente potuto essere meno afflittive (penso, ad es., alle attività motorie ed allo *jogging*, specie se fatti a titolo individuale ed in luoghi appartati²⁷)²⁸.

Si dà, poi, un punto ad oggi incertamente fissato, a riguardo del limite specificamente valevole per le ordinanze sindacali, obbligate a prestare rispetto, "a pena d'inefficacia" alle misure governative (art. 3, comma 2, d.l. cit.): formula che – come si è fatto altrove notare²⁹ – evoca una condizione di radicale nullità-inesistenza degli atti in parola, pur laddove – si faccia caso – il contrasto non risulti immediatamente evidente; ed una formula che rinviene essa pure giustificazione nello stato di emergenza, puntandosi all'obiettivo di dar modo alle autorità amministrative (e, segnatamente, ai prefetti) di devitalizzare con effetti immediati le ordinanze in parola senza bisogno di dover al riguardo seguire le defatiganti procedure idonee a portare al loro annullamento.

A stare alla lettera del disposto appena richiamato, parrebbe poi che in nessun caso possa ammettersi uno scostamento dei provvedimenti sindacali dalle misure suddette: né nel senso del loro alleggerimento e neppure in quello dell'aggravamento, se si conviene che, laddove non si ha una costrizione esplicita della libertà di movimento e di azione, si espande naturalmente la regola del possibile dispiegamento di quest'ultima. Senonché, nel momento in cui le ordinanze sindacali dovessero porsi in linea con quelle regionali che inaspriscono le misure governative, dandovi specificazione-attuazione, risultando "coperte" da queste ultime, possono esse pure, a mia opinione, discostarsi nel senso appena detto dalle indicazioni del Governo³⁰.

Insomma, le vicende della normazione risultano essere alquanto complesse e si presentano avvolte da un'aura confusa, aggravata dal modo convulso con cui talune misure sono adottate, accavallandosi di continuo a vicenda³¹, sì da portare all'effetto di disorientare in modo vistoso i loro destinatari, con grave *vulnus* per la certezza del diritto (e dei diritti)³².

²⁶ Accenna alle "insidie interpretative" della formula A. D'ALOIA, *L'emergenza e... i suoi 'infortuni'*, cit., 10. Dal suo canto, M. LUCIANI, Intervista su *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit., deplora essere il potere regionale di deroga di "ampiezza eccessivamente indeterminata".

²⁷ Su ciò, part., G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in [Giustizia insieme](#), 24 marzo 2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, Editoriale, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 20 marzo 2020, 877 ss., e, volendo, il mio *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 377. Un cenno, infine, anche in T. GROPPI, [Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi 2020/I](#), 194 s.

²⁸ Per un quadro delle misure adottate in altri ordinamenti al fine di far fronte all'emergenza, v. i contributi che sono sotto il titolo *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata. Una prospettiva comparata*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio emergenza Covid-19, aggiornato al 31 marzo 2020.

²⁹ ... nella mia *op. ult. cit.*, 376.

³⁰ Cfr. sul punto A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus*, cit., 375 ss.

³¹ Di una "bulimica produzione normativa alla quale quotidianamente concorrono tutti i livelli istituzionali di governo" ha, da ultimo, discorso A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus*, cit., 368, ma, con varietà di termini e di accenti, trattasi di rilievo largamente diffuso. Talvolta, gli interventi dei Presidenti regionali si sono persino spinti fin dentro il campo della disciplina penale, da essi – è noto – non attraversabili, come invece si è avuto nel caso rammentato da V. BALDINI, *Sorridere al tempo della normativa contro l'emergenza sanitaria*,

Si pensi, ad es., alle snervanti discussioni che hanno accompagnato l'adozione di una circolare esplicativa del Ministro dell'interno, adottata il 31 marzo 2020, in merito alle passeggiate all'aperto di adulti con minori, che hanno obbligato il Presidente del Consiglio a precisare, nel corso di una conferenza stampa teletrasmessa, che nessuna innovazione era da considerarsi apportata (né avrebbe potuto esserlo...) a quanto già stabilito con decreto dello stesso Presidente in ordine alla circolazione in luoghi pubblici. Circolare prontamente seguita da note informative in alcune Regioni che rimarcavano il carattere maggiormente restrittivo delle misure valevoli nelle Regioni stesse³³.

5. La spinosa questione dei controlli sugli atti posti in essere per far fronte all'emergenza, da quest'ultima fatalmente obbligati a risultare fortemente circoscritti, e il bisogno di recuperare in prospettiva de iure condendo un ruolo ancora più incisivo a beneficio del Capo dello Stato, al cui vaglio dovrebbero essere sottoposti anche i decreti del Presidente del Consiglio

L'emergenza ha, dunque, reso lampante conferma del fatto che, al ricorrere della stessa, è giocoforza – piaccia o no – dover mettere in pista strumenti estremamente agili, potrebbe dirsi: di pronto intervento, ancora più adeguati alla bisogna dello stesso decreto-legge, pure pensato per casi – non si dimentichi – “straordinari” di necessità e di urgenza.

È chiaro che – come si accennava poc'anzi – anche le misure adottate per far fronte alle emergenze in genere (tra le quali quella in atto) non si sottraggono, in punto di diritto, a controllo, specificamente per l'aspetto della loro congruità in relazione alla situazione di fatto. Sul punto si registra un generale consenso e non occorre pertanto aggiungere ulteriori argomenti a quelli già fatti valere a dimostrazione di quest'assunto. E, tuttavia, l'efficacia dei controlli stessi, in ispecie di quelli che si hanno in sede giurisdizionale, risulta essa pure contratta a motivo dell'emergenza. Come si è fatto altrove notare, appare infatti meramente teorico-astratta l'ipotesi che siano radicalmente messe in discussione o vanificate le misure fin qui adottate, che oltre tutto sono produttive di effetti a conti fatti irreversibili.

Ora, proprio per il fatto che i controlli in sede giurisdizionale risultano negli stati di emergenza (e, in ispecie, in quello presente) poco funzionali, ancora di più si rende evidente il bisogno di promuovere e far valere i controlli di natura politica (in senso lato), tra i quali annovero qui quelli posti in essere dal Presidente della Repubblica sugli atti del Governo. I decreti del Presidente del Consiglio – come si è rammentato – si sottraggono al sindacato in parola; in prospettiva *de iure condendo*, tuttavia, merita di essere presa in considerazione l'ipotesi che sia previsto il passaggio di tutti gli atti governativi (compresi quelli dei Ministri) dal Quirinale, se non pure al fine della loro emanazione (in senso stretto), per una sorta di “visto” che comunque attesti l'avvenuto controllo.

Editoriale, in Dirittifondamentali.it, 23 marzo 2020. Sui profili penalistici delle misure in genere fin qui adottate, v., tra gli altri, G. SANTALUCIA, *L'impatto sulla giustizia penale dell'emergenza da COVID-19: affinamenti delle contromisure legislative*, in [Giustizia insieme](http://Giustiziainsieme.it), 18 marzo 2020, e F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, cit.

³² Rilievo corrente: per tutti, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit., 2, e A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus*, cit. Particolarmente severo, con riguardo agli atti adottati in ambito locale, il giudizio di G. LUCCIOLI, *Intervista su La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit.: “la diversità delle misure adottate dai rappresentanti degli enti locali, oltre ad offrire un quadro scomposto e disorganico, finisce con il costituire un elemento di destabilizzazione e di confusione per la collettività”. Di un “cortocircuito di ordinanze” discorrono, poi, M. BORGATO e D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in Dirittifondamentali.it, 24 marzo 2020, spec. 7.

³³ Riferimenti a queste vicende, ora, in V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in Dirittifondamentali.it, 1/2020, 2 aprile 2020, 979 ss.

Debbo fare al riguardo una precisazione. Da tempo mi sono dichiarato contrario ad ammettere che si diano atti sostanzialmente “complessi” – come sono usualmente chiamati –, frutto dell’incontro (non si sa se paritario o no) della volontà del Capo dello Stato e del Governo, per plurime ragioni, la più rilevante delle quali è che le volontà degli organi suddetti non possono in nessun caso fondersi a motivo della loro strutturale eterogeneità, non possono cioè mai appartenere ad uno stesso “insieme” non avendo nulla in comune³⁴.

Tuttavia, questa tesi è buona – a me pare – per le situazioni di quiete, in occasione delle quali cioè si assiste ad un fisiologico svolgimento delle relazioni istituzionali e, con esso, al mantenimento dell’equilibrio per esse stabilito nella Carta.

La dottrina degli atti “complessi” può però valere e rendersi preziosa per gli stati di crisi e le emergenze in genere, tanto più laddove dovessero risultare di singolare gravità, quale quella odierna. Possono poi darsi molti “gradi” o sfumature – se così possiamo dire – della “complessità” stessa, forme varie cioè di coinvolgimento del Presidente della Repubblica nell’assunzione di decisioni (e di responsabilità) gravide di valenza politica. Sta alla sensibilità del Governo (e, per esso, in special modo del Presidente del Consiglio) valutare quale sia la misura opportuna o necessaria del coinvolgimento stesso. Peraltro, ciò è stato molte volte fatto, pur laddove non ricorressero situazioni di emergenza in senso proprio, secondo quanto la più avvertita dottrina in tema di convenzioni costituzionali ha già messo in chiaro da tempo³⁵. E viene da pensare che anche nel tempo presente al Governo non sia mancato il conforto dell’apprezzamento da parte del Presidente della Repubblica (non dico della “fiducia” solo al fine di non generare equivoci circa il mio pensiero sul punto).

Resta, però, fermo che altro è ciò che ha (e può avere) luogo al piano politico e sotto il governo di canoni convenzionali ed altra cosa la previsione giuridica di meccanismi di “leale cooperazione” istituzionale preposti all’adozione delle misure necessarie per far fronte all’emergenza, in forme nondimeno bisognose di essere oculatamente vagliate.

6. Infondati – perlomeno alla luce dell’assetto in atto esistente dei rapporti tra le forze politiche – i timori da più parti manifestati circa la possibile involuzione autoritaria del sistema istituzionale

Ad ogni buon conto, anche alla luce delle notazioni appena fatte, credo che giovi ridimensionare i timori da alcuni commentatori nutriti circa la possibile degenerazione del sistema in senso autoritario, conseguente al modo con cui è stata (ed è) gestita l’emergenza³⁶. Discorrere – come taluno ha fatto³⁷ – di “un uomo solo al comando” può forse essere una rappresentazione non molto lontana dalla realtà, avuto riguardo però – tengo a precisare – alle forme di cui la stessa è stata rivestita ed agli strumenti allo scopo utilizzati³⁸. Una rappresentazione che, nondimeno,

³⁴ Per questo ed altri argomenti, v., volendo, il 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](#).

³⁵ Sopra tutti, G.U. RESCIGNO, in molti scritti, tra i quali v., almeno, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972, e, più di recente, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018, *Speciale su La Costituzione tra rigidità e trasformazioni*, Atti del Convegno di Firenze del 18 maggio 2018.

³⁶ Il rischio di un possibile “germogliare di sentimenti democratici” è paventato, tra gli altri, da F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, cit., 8.

³⁷ E. FALLETTI, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell’emergenza Covid-19 in Italia*, in [Biolaw Journal](#), *Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 20 marzo 2020, 5 ss.

³⁸ Non v’è dubbio, infatti, che si sia avuta una marcata sottolineatura del ruolo del Presidente del Consiglio a fronte di quello dei Ministri e dello stesso Consiglio dei Ministri; la qual cosa, nella presente congiuntura politica, può apparire singolare, sol che si pensi che il Presidente non fa parte dei ranghi di nessuna delle forze politiche della

tralascia di considerare alcuni dati essenziali, pervenendo, a conti fatti, all'esito di deformare la realtà stessa nel suo complessivo modo di essere.

E ciò, per plurime ragioni.

In primo luogo, si trascura il dato per cui il Presidente del Consiglio non è il *leader* di una forza politica componente la coalizione di maggioranza ed è tenuto ad un confronto costante, quotidiano, con i *leaders* delle forze politiche di governo, ogni misura politica dovendo conseguire l'assenso di tutti al fine di poter essere adottata.

In secondo luogo, le misure varate da Conte non provengono di certo da persona che possa considerarsi incline e sensibile a tentazioni autoritarie, come peraltro è attestato dalle critiche aspre dallo stesso Conte ripetutamente indirizzate al *leader* della Lega, il cui orientamento informato ad un nazionalismo vistoso ed esasperato è noto, a partire da quelle espresse in occasione del dibattito parlamentare seguito all'apertura della crisi della maggioranza giallo-verde e, poi, in occasione della nascita del secondo Governo dallo stesso Conte presieduto³⁹. Il coinvolgimento parlamentare prefigurato dal decreto-legge n. 19 del 2020, il cui rendimento peraltro si attende alla prova dei fatti, avvalorava l'indicazione ora data e conferma un'attenzione da parte del Presidente del Consiglio per il ruolo delle assemblee elettive, per vero nella prima e convulsa fase di gestione dell'emergenza rimasto appannato⁴⁰.

In terzo luogo, le misure governative sono state – come si è detto – rincarate in ambito regionale e comunale, anche da parte – si faccia caso – di Presidenti di Regione e Sindaci espressivi di maggioranze politiche di segno diverso dalla maggioranza di governo a livello centrale; e di certo non mi pare che si possa parlare di una ventata di autoritarismo diffuso e... *contagioso*.

In quarto (e principale) luogo, alle misure stesse si sono largamente rifatti i Governi di molti altri Paesi, europei e non, di sicura fede democratica: sicura, tangibile conferma che non v'era (e non v'è) altro modo per far fronte all'emergenza.

Ogni confronto, dunque, con la sofferta ed inquietante esperienza ungherese sarebbe del tutto fuor di luogo, fuorviante, per la elementare ragione che il carattere autoritario non va riportato tanto alle misure *ut sic* quanto al complessivo contesto politico-istituzionale in cui esse s'inscrivono ed operano.

7. I tre dati emergenti dall'analisi svolta: un segno di ottimismo circa il sollecito ritorno alla "normalità" istituzionale una volta cessata l'emergenza, la conferma della crisi che da tempo affligge il sistema delle fonti, le angosce e previsioni riguardanti la tenuta del sistema economico (e, di riflesso, di quello sociale)

Concludo. L'analisi rapidamente fatta consegna – a me pare – essenzialmente tre dati sui quali giova fermare da ultimo, con la consueta rapidità, l'attenzione.

Il primo ha riguardo al piano istituzionale, laddove si hanno risultati – a me pare – incoraggianti per ciò che concerne il ristabilimento della "normalità" istituzionale, una volta cessata l'emergenza. Metto tra parentesi il termine nella consapevolezza che la complessiva vicenda istituzionale è venuta fin qui svolgendosi (e, dunque, promette di continuare a svolgersi) nel segno di

maggioranza. In che misura, poi, quest'esito risulti favorito dall'emergenza in atto ed in quale altra, invece, risponda a ragioni di contesto che prescindono dalla stessa non è agevole stabilire.

³⁹ Su queste discusse vicende, tra gli altri, 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; M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 3 luglio 2019, 360 ss.; A. D'ANDREA, *La pervasiva vischiosità della politica italiana: la contraddizione costituzionale del Governo del "cambiamento" e il suo superamento*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2019, 1 ottobre 2019, spec. 23 ss.

⁴⁰ Giudica nondimeno troppo "blando" il coinvolgimento in parola M. LUCIANI, Intervista, cit., a cui opinione sarebbe invece stata opportuna "una consultazione parlamentare continua (perfettamente compatibile con l'urgenza, se indirizzata alle commissioni permanenti)". Cfr., sul punto, F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, cit.

non poche, gravi torsioni degli equilibri prefigurati per le relazioni tra gli organi costituzionali, delle quali si hanno numerose e convergenti testimonianze, rappresentate con dovizia di riferimenti ed argomenti nella letteratura corrente, già in tempi risalenti e via via fino ai giorni nostri. Basti solo richiamare al riguardo la crisi che attanaglia il Parlamento quale organo motore – secondo Costituzione – della direzione politica, sì da dare il nome alla forma di governo razionalizzata dalla Carta. Una crisi nella quale, peraltro, si specchia una crisi della rappresentanza politica e del sistema dei partiti che parrebbe essere ormai giunta al punto di non ritorno⁴¹. E basti solo por mente alle conseguenti torsioni patite dagli organi supremi di garanzia, obbligati a farsi carico di un ruolo innaturale di “supplenza” – come suole essere chiamato – che ha il suo principale (ma appunto – si badi – non esclusivo) fattore determinante nelle acclamate carenze ed inadempienze degli organi della direzione politica⁴².

Tutto ciò posto, non mi pare che vi sia – come si diceva – motivo di temere una eventuale involuzione autoritaria, quanto meno ad opera dello stesso Governo che si è trovato a dover gestire l'emergenza.

Il secondo dato attiene poi al piano delle dinamiche della normazione e del sistema dalle stesse composto. Qui, di contro, come si diceva, ai miei occhi appare fondata la preoccupazione,

⁴¹ Nella ormai incontenibile letteratura al riguardo formatasi e limitando ora i riferimenti solo ad alcuni tra i molti scritti ultimamente apparsi, v., almeno, 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; i contributi su *Populismo e diritto* che sono in *Questione Giustizia*, 1/2019; 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.; C.F. FERRAJOLI, *Le Camere non discutono più. Crisi del dibattito parlamentare e irresponsabilità politica degli organi rappresentativi*, in *Lo Stato*, 13/2019, 11 ss.; L. MEZZETTI, *Corrosione e declino della democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 421 ss.; nella stessa *Rivista*, S. SICARDI, *La rappresentanza politica ai tempi dell'avatar. Scenari tormentati e future incognite*, 721 ss.; v., inoltre, il fasc. 3/2019 di *Dir. cost.*, dedicato a *I partiti politici*, a cura di S. Curreri; 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, 57 ss.; R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo e riforme costituzionali*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 789 ss.; M. PANEBIANCO, *Aggiornamenti in tema di democrazia rappresentativa*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 8 gennaio 2020, 42 ss.; G. GEMMA, *Antipartitismo e qualità della politica*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 297 ss., e ancora i contributi alla tavola rotonda su *Rappresentanza politica e mandato imperativo*, svoltasi presso l'Università di Napoli “Federico II” il 14 ottobre 2019, di G. FERRINA CERONI, *Restituire lo scettro agli elettori: la sovranità popolare tra realtà e dover essere*; B. GUASTAFERRO, *Rappresentanza politica e mandato imperativo: riflessioni sull'elemento territoriale*, e D. MONE, *Crisi della rappresentanza politica e della democrazia parlamentare: il recall non sembra la soluzione*, tutti in *Osservatorio AIC*, 1/2020, 7 gennaio 2020, rispettivamente, 122 ss., 165 ss. e 178 ss., nonché, pure *ivi*, F. LANCHESTER, *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, 4 febbraio 2020, 106 ss., e M. BELLETTI, *La crisi della rappresentanza alla base della crisi del divieto di vincolo di mandato*, 142 ss. Infine, I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2020, 11 febbraio 2020, 198 ss.

⁴² Con specifico riguardo alla vigorosa emersione dell'“anima” politica – com'è usualmente chiamata – rispetto a quella giurisdizionale della Corte, indicazioni possono aversi da 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, 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; 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, criticamente, R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., e, nella stessa *Rivista*, E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, 777 ss.].

peraltro da tempo avvertita, che la crisi che affligge il sistema stesso non sia ormai più rimediabile. E, come si diceva sin dalle notazioni iniziali di questo studio, è questa, ad una prima ma fallace impressione, una vera e propria stranezza, ove si tenga ferma l'antica (e tuttora corrente) veduta che assume essere le dinamiche suddette la proiezione speculare e fedele delle dinamiche istituzionali. L'emergenza, invece, giusta la rappresentazione qui datane, ci offre un quadro d'assieme connotato da una sensibile dissociazione tra l'orientamento complessivo delle une e delle altre dinamiche.

Il terzo dato è, infine, quello maggiormente spinoso e – a dirla tutta – inquietante; e riguarda la tenuta del sistema economico⁴³ e, di riflesso, di quello sociale, a riguardo della quale si hanno già alcune avvisaglie che ingenerano vera e propria angoscia, preludio di una povertà diffusa foriera di guasti di incalcolabile entità⁴⁴.

Ora, è proprio su questo terreno che si misura, a conti fatti, la capacità di tenuta dell'Unione europea: ad essa restano legate le maggiori speranze non solo del nostro Paese ma di tutti gli Stati membri, anche di quelli che sono maggiormente solidi (a partire dalla Germania), di poter sopravvivere alla crisi lacerante della pandemia; e da essa dipende la stessa sopravvivenza dell'idea di un'Unione davvero... *unita*, condannata altrimenti a dissolversi⁴⁵. L'auspicio è che le istituzioni che ci governano, in sede sia nazionale che sovranazionale, e il personale politico che le incarnano se ne avvedano prima che sia troppo tardi, dando prova di saper correggere la miopia che fin qui ne ha condizionato e distorto la visione della realtà e reso poco incisiva l'azione.

⁴³ Sul contesto in cui esso s'inscrive, v. A. GUAZZAROTTI, *Mercati globali e pandemia*, in laCostituzione.info, 24 marzo 2020.

⁴⁴ Penso, ad es., alla sollecitazione indirizzata da un noto istituto bancario tedesco a quanti detengono titoli di Stato italiani a lungo termine a venderli perché prossimi ad essere qualificati come "spazzatura".

⁴⁵ Un vigoroso richiamo in tal senso è di recente venuto dal nostro Presidente del Consiglio in una lettera indirizzata alla Presidente della Commissione, U. von der Leyen, pubblicata da *La Repubblica* del 3 aprile 2020, sotto il titolo *Conte risponde a von der Leyen: "Cara Ursula, sento idee non degne dell'Europa"*, nella quale tra l'altro si ricorda la proposta, insistentemente avanzata dal nostro Governo, di un *European Recovery and Reinvestment Plan* a cui supporto sarebbero necessari gli *European Recovery Bond*: ipotesi, questa, dallo stesso Vicepresidente della Commissione V. Dombrovskis giudicata, nel corso di un'intervista resa allo stesso giornale, meritevole di essere presa in considerazione ma, per vero, al momento in cui si scrive, dotata di assai precario fondamento. Una severa critica all'ipotesi di attingere al MES si è, di recente, avuta da R. CABAZZI, *L'Unione europea al tempo del coronavirus: solidarietà cercasi*, in laCostituzione.info, 30 marzo 2020, e, pure *ivi*, M. DANI e A.J. MENÉNDEZ, *Le ragioni di un rotondo NO al MES*, 3 aprile 2020.

La stessa Presidente della Commissione ha, poi, dato notizia di una prima iniziativa – *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency* (SURE) – per far fronte alla disoccupazione, nondimeno giudicata insufficiente [F. COSTAMAGNA, *Dalla pandemia Covid-19 ('SURE'): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, in SIDIblog, 5 aprile 2020].

Antonio Ruggeri
**Non persuasivo il [parere](#) reso, dietro sollecitazione del Governo,
dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa
all'attraversamento dello Stretto di Messina***

ABSTRACT: *The paper examines the issues that have arisen in relation to the competence of the Mayor of Messina to oblige anyone wishing to cross the Strait to register with an online booking system as it is considered to be in contrast with the measures adopted by the Government to manage the emergency, also on the basis of an opinion expressed by the Council of State.*

SOMMARIO: 1. I quattro angoli visuali dai quali si presta ad essere preso in esame [il parere del Consiglio di Stato](#). – 2. La contestata competenza del Sindaco ad adottare l'ordinanza la cui legittimità è negata dal [parere reso dal Consiglio di Stato](#). – 3. La (supposta) incisione del valore di unità-indivisibilità della Repubblica da parte dell'ordinanza sindacale. – 4. L'ordinanza sindacale riguardata dal punto di vista della salvaguardia del bene-salute. – 5. [Il parere del Consiglio di Stato](#) e lo squilibrio nei rapporti istituzionali.

1. *I quattro angoli visuali dai quali si presta ad essere preso in esame [il parere del Consiglio di Stato](#)*

Plurime ragioni depongono a sostegno della tesi evocata nel titolo dato a questa succinta riflessione attorno ad una questione spinosa e complessa, qui riguardata da quattro angoli visuali diversi. Li espongo con la massima sintesi, con l'avvertenza che essi si fanno continuo e reciproco rimando, sì da rivelarsi assai arduo, forse per vero impossibile, tenere nettamente separati i profili di volta in volta presi in esame, aventi ad oggetto, nell'ordine, la competenza e le dinamiche della normazione, i valori in (supposto) conflitto, i diritti in gioco, l'equilibrio dei rapporti istituzionali.

2. *La contestata competenza del Sindaco ad adottare l'ordinanza la cui legittimità è negata dal [parere reso dal Consiglio di Stato](#)*

In primo luogo, nel parere¹ si contesta la competenza del Sindaco ad adottare l'ordinanza sindacale² con cui si faceva³ obbligo a chiunque intendesse attraversare lo Stretto di registrarsi presso un sistema di prenotazione *on line* con almeno quarant'otto ore di anticipo, fornendo alcuni dati identificativi personali e relativi alla località di provenienza ed a quella di destinazione, nonché i motivi dell'attraversamento, e dovendo quindi attendere il rilascio da parte del Comune di Messina del nulla osta allo spostamento⁴.

Nell'atto con cui il Ministro dell'interno argomentava l'illegittimità dell'iniziativa posta in essere dal Sindaco si metteva, in primo luogo, in evidenza come le ordinanze sindacali non fossero abilitate a disporre in contrasto con i provvedimenti adottati dal Governo per far fronte all'emergenza.

* *Contributo referato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.*

¹ [Cons. St., Sez. I, 7 aprile 2020, n. 735.](#)

² Nr. 105 del 5 aprile 2020.

³ Utilizzo la forma verbale al passato dal momento che nella data in cui consegna questa succinta nota per la stampa, il 9 aprile 2020, il Sindaco di Messina ha dichiarato che avrebbe disposto la "sospensione" dell'ordinanza di cui è qui parola, allo stesso tempo sollecitando il Presidente della Regione a riproporne il contenuto con propria ordinanza con effetti valevoli per l'intero territorio regionale, anche in considerazione del fatto che analogo provvedimento è stato adottato in Sardegna. Lo stesso giorno, peraltro, si è avuta la delibera del Consiglio dei ministri volta a dare seguito al parere qui annotato, mentre si attende il decreto presidenziale di annullamento.

⁴ Un trattamento semplificato era poi riservato ai c.d. "pendolari dello Stretto", ai quali l'obbligo di prenotazione era fatto solo per la prima volta senza necessità di ripetere la procedura in seguito.

Nulla da eccepire a quest'ultimo riguardo; il punto è, però, che la stessa normativa adottata dal Governo (e, segnatamente, il decreto-legge n. 19 del 2020) dà modo ai Presidenti delle Regioni di porre in essere misure anche d'inasprimento nei riguardi di quelle governative, sia pure "esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale" (art. 3). La qual cosa – come si è tentato di mostrare altrove⁵ – può tradursi in una "copertura" offerta alle stesse ordinanze sindacali che diano specificazione-attuazione ai provvedimenti dei Presidenti delle Regioni. Insomma, le ordinanze in parola sono, a mia opinione, da considerare illegittime alla duplice condizione che si dimostrino incompatibili con i provvedimenti del Governo e che si pongano al di fuori dell'"ombrello" loro offerto dagli atti del Presidente della Regione⁶.

Ora, la prima – com'è chiaro – è la condizione di cui occorre, con precedenza rispetto alla seconda, verificare il riscontro. Confesso nella circostanza odierna di faticare a vedere dove sia l'incompatibilità denunciata dal Viminale e rilevata quindi dal Consiglio di Stato. Di contro, a me pare che l'atto sindacale si ponga in linea con le misure varate dal Governo, ponendo le basi per un accertamento a tappeto della sussistenza dei casi, pure con una certa vaghezza di disposto enunciati, che soli giustificano i movimenti delle persone (in ispecie, da un Comune all'altro).

D'altro canto, è di tutta evidenza che, pur dopo la perdita di effetti dell'ordinanza sindacale, ugualmente la polizia municipale può, sia pure col costo di un irragionevole dispendio di mezzi e di energie, passare a setaccio tutti coloro che, a piedi o con veicoli, mettono piede sul suolo comunale, in andata come in ritorno. Cosa, in ogni caso, possibile pur dopo la istituzione della banca data prevista dall'ordinanza sindacale, allo scopo di verificare la regolarità del passaggio.

Dal punto di vista del buon andamento dell'amministrazione – valore, non si dimentichi, costituzionalmente protetto (art. 97) – non dovrebbe, ad ogni buon conto, esservi dubbio alcuno a riguardo del fatto che la messa in atto di ogni misura giudicata idonea ad assicurare un contenimento del contagio – tanto meglio, poi, se di carattere preventivo ed a finalità di "razionalizzazione" – sia da preferire ai soli, defatiganti riscontri operati *ex post*, caso per caso e meramente a campione, quali sono i controlli effettuati tanto dalla polizia municipale quanto da corpi dello Stato nei riguardi di persone circolanti su suolo pubblico.

L'obiezione che invece può farsi avverso la misura sindacale riguarda specificamente il rispetto della *privacy*⁷ ma, per un verso, la stessa viene comunque meno ogni volta che le autorità preposte alla osservanza della circolazione prendono conoscenza, annotandoli, dei dati personali e di quant'altro giustifica gli spostamenti, mentre per un altro verso si tratta di vedere – e il punto sarà approfondito più avanti – come la *privacy*, al pari di altri diritti e, in genere, interessi costituzionalmente protetti, si pone rispetto alla salvaguardia della salute e della vita delle persone esposte al virus.

⁵ ... nel mio *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, Contributo al *Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, in [Diritti Regionali](#), 1/2020, 21 marzo 2020, 368 ss., spec. 375 ss. Cfr., sul punto, A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in [Diritti Regionali](#), *Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1/2020, 4 aprile 2020, spec. 524 ss.

⁶ Proprio in data odierna – segnale di passaggio – è stata emessa una ordinanza del Presidente della Regione siciliana, la n. 15, che limitatamente ai giorni immediatamente precedenti e successivi alla festività pasquale (e, segnatamente dal 10 al 13 aprile) fa divieto di attraversamento dello Stretto a chiunque, eccezion fatta per gli appartenenti alle forze dell'ordine ed alle forze armate, ai sanitari ed ai lavoratori pendolari, nonché a quanti abbiano necessità di spostarsi per (non meglio precisati) "comprovati motivi di gravità e di urgenza". È chiaro, ad ogni buon conto, che si tratta di una misura, peraltro – come si vede – temporalmente assai circoscritta, che non riguarda la questione qui specificamente trattata.

⁷ Alla protezione dei dati personali hanno fatto richiamo sia il Ministero che il Consiglio di Stato nel parere in commento.

3. *La (supposta) incisione del valore di unità-indivisibilità della Repubblica da parte dell'ordinanza sindacale*

Insistito è, poi, il riferimento nel parere in commento al valore fondamentale della unità-indivisibilità dell'ordinamento che sarebbe inciso dal provvedimento sindacale.

Due sole notazioni a questo riguardo.

La prima è che condizione necessaria perché si possa predicare l'incisione in parola è la incompatibilità della ordinanza sindacale con gli atti del Governo, la qual cosa – come si è succintamente rappresentato – a mia opinione non si ha.

La seconda riguarda il bisogno di rinvenire comunque un punto di sintesi o, se si preferisce, di mediazione tra il valore suddetto, ovviamente indisponibile, e quello di autonomia, esso pure (e non secondariamente rispetto al primo) riconosciuto e salvaguardato nell'art. 5 della Costituzione. Come, anzi, si è tentato di mostrare in altri luoghi, il valore in gioco è uno soltanto, unità ed autonomia ponendosi quali le due facce di una sola medaglia, i due profili inseparabili di uno stesso valore appunto, che è quello, sì, della unità ma *con* (cioè *attraverso*) la promozione dell'autonomia, la massima possibile alle condizioni oggettive date, ovverosia è quello dell'autonomia ma *nella* (e non *con il costo della*) unità-indivisibilità dell'ordinamento. Sarebbe, dunque, un grave errore di metodo volgere lo sguardo solo ad una delle due facce della medaglia, lasciando del tutto nell'ombra l'altra⁸. D'altro canto, non si dimentichi che i Sindaci sono chiamati a farsi carico dei bisogni maggiormente avvertiti in seno alla comunità comunale, senza ovviamente pregiudizio di quelli facenti capo all'intera collettività nazionale. Ma, nella circostanza odierna dov'è l'incisione che quest'ultima avrebbe patito per effetto dell'applicazione del provvedimento negativamente valutato dal Ministro dell'interno (e dall'intero Governo) prima e dal Consiglio di Stato poi?

Per altro verso, anche al piano dei rapporti che il valore di autonomia intrattiene – potrebbe dirsi – con... *se stesso*, per il fatto cioè di appuntarsi in capo ad ogni soggetto che ne è portatore ed a tutti assieme, non sembra che l'ordinanza del Sindaco De Luca invada il campo altrui per il fatto di obbligare altri Sindaci a cooperare in vista dell'ottimale rendimento della misura adottata a Messina. Nella versione aggiornata dell'ordinanza in parola, infatti, gli altri Sindaci non sono tenuti a dare le comunicazioni richieste dal Sindaco messinese: è sufficiente, infatti, che coloro che si recano presso altri Comuni comunichino di aver dato notizia ai Comuni stessi dello spostamento, a conferma della veridicità di quanto dichiarato nell'atto di autocertificazione. È poi chiaro che sarebbe preferibile che la conferma stessa si avesse per via ufficiale, offrendosi dunque una tangibile testimonianza dell'avvenuta cooperazione tra le istituzioni locali.

4. *L'ordinanza sindacale riguardata dal punto di vista della salvaguardia del bene-salute*

L'ordinanza sindacale in parola invoca – com'è chiaro – a proprio fondamento il bene della salute e della vita delle persone, dandovi incondizionata prevalenza su ogni altro diritto e, in genere, bene costituzionalmente protetto. È la stessa “logica”, specificata e fatta valere con modalità peculiari, che sta a base dei provvedimenti fin qui adottati dal Governo: una “logica” volta appunto a dare assorbente rilievo – perlomeno fino a quando l'emergenza non consentirà il passaggio alla

⁸ Prova troppo (e, a dirla tutta, appare inconferente) l'argomento addotto dal parere laddove (p. 6.3) si rileva che l'ordinanza sindacale viola il principio di eguaglianza, introducendo una “irragionevole disparità di trattamento nei confronti delle persone che per motivi legittimi hanno necessità di attraversare lo Stretto, rispetto alla generalità dei cittadini sul restante territorio nazionale”. L'eguaglianza, infatti, a rigore, parrebbe sempre essere incisa per il mero fatto del riconoscimento dell'autonomia che, specie nelle sue più genuine e qualificanti espressioni al piano politico-normativo, comunque porta a trattamenti diversificati per i territori di cui si compone la Repubblica. La qual cosa, nondimeno, per un verso, è compensata dalla ottimale salvaguardia che presuntivamente si ha, proprio grazie agli atti di autonomia, degli interessi pubblici demandati alla cura degli enti locali e, per un altro verso, dalle maggiori opportunità di tutela che possono aversene per lo stesso principio di eguaglianza, specie nella sua declinazione sostanziale, il quale – come si sa – richiede discipline diverse per situazioni parimenti, oggettivamente diverse.

c.d. “fase due” – alla salute, malgrado i rischi che una siffatta opzione comporta per la tenuta dei conti pubblici, oltre che per tutti i diritti coinvolti (e, in qualche caso, travolti) dalle misure di contenimento della diffusione del contagio.

Possiamo discutere, come invero animatamente si discute⁹, sia per il metodo che per il merito delle misure adottate, in primo luogo dai decreti governativi e, a seguire, dalle ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci, in ispecie di quelle d’inasprimento dei primi¹⁰. Tutto ciò, però, non interessa la questione qui dibattuta, se si conviene a riguardo del fatto che, per un verso, come si diceva, la *privacy* ed altri beni costituzionalmente protetti si trovano – perlomeno ad oggi – costretti, laddove non sia possibile fare altrimenti, a recedere al cospetto della salute e della vita delle persone e che, per un altro verso, la soluzione escogitata dal Sindaco messinese si pone in linea con i provvedimenti del Governo, accrescendone anzi ulteriormente il vigore e la garanzia.

5. [Il parere del Consiglio di Stato e lo squilibrio nei rapporti istituzionali](#)

L’ultimo piano al quale conviene, con la consueta rapidità, prestare attenzione è quello dell’equilibrio dei rapporti istituzionali, espressione che qui intendo riferita non esclusivamente al rispetto delle sfere di competenza stabilite dalla Costituzione e dalle leggi ma anche alla funzionalità dell’azione adottata da ciascun operatore istituzionale in modo da portare frutto non solo all’ente di appartenenza (sia esso lo Stato come gli enti locali) ma, più ancora – per ciò che qui maggiormente importa –, alla collettività. E ciò, per la elementare ragione che ogni *munus* si traduce e converte nell’esperienza sia in poteri e sia pure (e soprattutto) in doveri da adempiere al servizio della comunità tutta. D’altronde, ogni pubblica funzione ha la sua ragion d’essere proprio in questo bisogno da cui trae alimento e giustificazione: il c.d. potere politico – com’è usualmente chiamato, specie nel linguaggio corrente in seno alla pubblica opinione –, più (e prima ancora) che un... *potere*, da far valere per il proprio tornaconto da parte di chi ne è dotato, è appunto un dovere, sollecitato a tradursi quotidianamente ed incessantemente in servizio per la gente, specie di coloro che sono maggiormente vulnerabili ed esposti e, in genere, per ciò che è qui di specifico interesse, di quanti sono stanziati in territori nei quali la sanità pubblica non dispone delle attrezzature e delle

⁹ Nettamente dominante è – come si sa – l’opinione di quanti [per tutti, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da coronavirus*, in [Biolaw Journal](#), *Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020, del quale v., già, organicamente, *Norme d’ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna 2019] si sono dichiarati dell’idea che la previa base normativa assicurata dai decreti-legge, a partire dal primo della serie, adottati per far fronte all’emergenza sia sufficiente a dare “copertura” ai successivi atti del Governo, a partire dai decreti del Presidente del Consiglio, per quanto non è chi non veda la inconsistenza della base stessa, risultando ridotta all’osso la disciplina posta in essere dagli atti aventi forza di legge. Il vero è che – com’è diffusamente ammesso [*ex plurimis*, ancora E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da coronavirus*, cit., 4 ss., e F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in [Biolaw Journal](#), *Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 27 marzo 2020] – si è qui in presenza di provvedimenti *extra ordinem* che, al tirar delle somme, si giustificano in nome dell’emergenza e, naturalmente, fintantoché questa perduri, dimostrandosi con essa coerenti. È la necessità insomma – come già una risalente ed accreditata dottrina (sopra tutti, S. Romano) rilevava – che fa la competenza, non pure la Costituzione che nulla dice a riguardo delle emergenze e della loro gestione. La qual cosa, poi, imperiosamente ripropone la vessata questione relativa alla opportunità (e, forse, alla necessità) di colmare questa lacuna, malgrado gli innegabili rischi, dei quali già il Costituente era avvertito, che alla sua realizzazione possono accompagnarsi.

¹⁰ Problematicamente compatibile con le riserve di legge costituzionalmente previste per la limitazione dei diritti di libertà si presenta essere il ricorso a strumenti, quali in primo luogo i decreti del Presidente del Consiglio, che per loro natura si sottraggono al controllo, in prima battuta, del Capo dello Stato e, a seguire, delle Camere, così come invece si ha per i decreti-legge. A questo riguardo, mi sono già altrove dichiarato dell’idea che, in prospettiva *de iure condendo*, non potendosi – a quanto pare – fare comunque a meno del ricorso agli strumenti in parola, a motivo dell’agilità da essi posseduta e di cui gli stessi decreti-legge non risultano dotati, venga prevista la loro sottoposizione al vaglio (ad una sorta di “visto”) del Presidente della Repubblica, se non pure alla loro emanazione da parte di quest’ultimo [così, nel mio [Il coronavirus, la sofferita tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2020/I](#), spec. 212 s.]. Mi riprometto di precisare meglio questa proposta in altra sede.

risorse che invece si hanno altrove (specie nel Settentrione). Come molte volte si è sentito dire in questa ormai lunga e sofferta stagione segnata dalla diffusione del contagio, è facile immaginare cosa sarebbe accaduto se il picco della malattia riscontratosi in Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna si fosse avuto o un domani – Dio non voglia – si avesse nelle Regioni meridionali: purtroppo la percentuale di coloro che sono venuti meno a causa del virus sarebbe stata di gran lunga superiore a quella, pure tragica, fin qui riscontrata.

Ora, giusta l'idea del pubblico potere come dovere (e servizio), di tutto abbiamo bisogno nella travagliata e inquietante congiuntura presente fuorché, di certo, di conflitti istituzionali, incomprensioni, scollamento degli sforzi prodotti dagli operatori tutti, quale che sia l'ente di appartenenza. Con una certa, non trattenuta malinconia, debbo qui confessare di provare talora l'amara sensazione che gli operatori dimentichino di essere tutti partecipi della stessa Repubblica, siano essi statali o regionali e locali in genere.

Il principio di "leale cooperazione" – come pure con discutibile espressione, ormai nondimeno in uso, è chiamato¹¹ – non fa sconti: in tempo di "guerra"¹² ad un nemico invisibile e dotato di strumenti micidiali di offesa, si richiede l'unione di tutti, istituzioni e cittadini (e persone in genere), uno sforzo corale e poderoso, non già di certo la messa in atto di misure ed iniziative in genere che possano indebolirci davanti al virus. La qual cosa, poi, ha un costo insopportabile – non si dimentichi – in termini di vite umane e foriero di inconvenienti assai gravi per l'intera collettività.

Il Sindaco messinese ha dichiarato più volte, pubblicamente, di aver dato subito notizia al Ministro dell'interno dell'ordinanza già al momento della sua adozione con diversi giorni di anticipo rispetto alla sua prevista entrata in vigore, senza aver ricevuto alcuna risposta. Ha poi appreso della richiesta del parere al Consiglio di Stato, emesso con estrema sollecitudine il giorno immediatamente precedente quello della entrata in vigore del provvedimento, stabilita per l'8 aprile c.a.

Confesso di non sapere se la rappresentazione dei fatti rispecchi fedelmente la realtà, mancando il "contraddittorio" della controparte che, a differenza del linguacciuto e smodato Sindaco messinese, ha tenuto sulla vicenda un assoluto riserbo. Abbiamo però tutti conferma della esistenza di un conflitto istituzionale che si trascina da tempo e che parrebbe essere ormai insanabile; e già solo questo basta a testimoniare una indisponibilità alla cooperazione comunque nociva per la collettività e suscettibile, peraltro, di recare ulteriori guasti per l'avvenire.

La triste, particolarmente sofferta esperienza che stiamo tutti vivendo ci consegnerà, quando lo tsunami che ci ha travolto sarà alle nostre spalle, molti insegnamenti, due su tutti: quello di una luminosa testimonianza di abnegazione e di sacrificio di molti operatori, specie in ambito sanitario, spinto fino a mettere in gioco (e, purtroppo, non poche volte a dare) la propria vita, e l'altro di una straordinaria prova di solidarietà e generosità diffuse in seno al corpo sociale. È triste, di contro, dover constatare a fronte di tutto ciò, per un verso, il prepotente emergere degli egoismi nazionali in seno alla Unione europea¹³ e, per un altro verso, un qualche sfilacciamento del tessuto istituzionale, del quale proprio la vicenda qui annotata costituisce una spia eloquente, dal quale di sicuro nulla di buono può venire per i protagonisti della vicenda stessa e, soprattutto, per la comunità.

Il virus contagia la gente, i dissidi tra le istituzioni – quali che ne siano le responsabilità – alimentano, a conti fatti, il contagio stesso, anziché spegnerlo o, quanto meno, circoscriverne la dilagante portata.

¹¹ Si fatica invero a comprendere come possa mai darsi una cooperazione che non sia... *leale*, ma tant'è...

¹² Riporto il termine tra virgolette dal momento che, per le ragioni altrove esposte, nel caso nostro se ne fa un uso improprio [v., dunque, volendo, il mio scritto da ultimo richiamato, spec. 205 ss.].

¹³ In realtà, come da più parti si segnala, si tratta di un'autentica esibizione di miopia (e, forse, vera e propria cecità) politico-istituzionale, suscettibile di ritorcersi anche a danno di chi la manifesta, dal momento che il collasso economico che dovesse registrarsi anche in un solo Paese, a partire dal nostro, fatalmente contagerebbe – questo sì, senza rimedio – tutti, non solo l'Unione *ut sic*.

Angelo Licastro**Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia¹**

ABSTRACT: This essay analyses the limits on the freedom of public worship introduced by the Italian government because of the emergency caused by the contagious virus SARS-CoV-2.

SOMMARIO: 1. *Salus corporum vs salus animarum* nel contesto di una pandemia - 2. Le disposizioni emergenziali volte a contenere il contagio da coronavirus specificamente relative alla materia ecclesiastica - 3. L'apertura dei luoghi di culto «condizionata» dalle specifiche restrizioni riguardanti l'accesso, ma di fatto vanificata dalle limitazioni generali concernenti gli spostamenti - 4. L'incerta definizione del divieto di compimento delle «cerimonie» religiose e la portata ad esso attribuita dalla nota ministeriale - 5. L'approccio ispirato a massima precauzione e prudenza verso la diffusione del contagio e a discapito delle espressioni collettive e pubbliche della libertà religiosa nel contesto di una società secolarizzata - 6. Diritto alla salute, stato di necessità e carattere non indifferibile delle esigenze di tutela legate alla libertà religiosa.

1. *Salus corporum vs salus animarum nel contesto di una pandemia*

Salus "corporum" suprema semper lex est. Si potrebbe riassumere così la *ratio* della normativa di emergenza attualmente introdotta in Italia, prendendo a prestito – sia pure con una variante terminologica destinata a stravolgerne portata e significato autentici – la ben nota formulazione del principio cardine e fine ultimo dell'ordinamento canonico².

Invero, la scelta di aprire questo contributo evocando il noto principio canonistico della «*salus animarum*» potrebbe servire a sottolineare, sin da ora, che i temi oggetto di esame hanno una stretta connessione con la materia dei rapporti tra Stato e Chiesa (o, più in generale, tra Stato e confessioni religiose): risulterebbe correlata, quindi, col tipo di questioni in relazione alle quali mi sembra opportuno sollecitare, in questa sede, alcune riflessioni – nel contesto di un dibattito, a tratti piuttosto acceso, già avviato in chiave strettamente scientifica³ – riguardanti le restrizioni della libertà religiosa (o meglio della libertà di esercizio del culto pubblico e in forma collettiva) al tempo del coronavirus.

Ma si possono forse cogliere anche parallelismi ulteriori e meno superficiali: riflettendo sugli sforzi straordinari messi in campo dalle pubbliche istituzioni, a tutti i livelli e in tutte le loro articolazioni, per affrontare una emergenza così devastante, nonché sui possibili sviluppi dopo che questa sarà cessata, la «*salus corporum*» sembra bene riassumere l'idea di *assoluto criterio-guida*, o di *principio informatore*, atto a delineare in questo momento, e verosimilmente per tutta la durata dell'emergenza, il volto dell'intero ordinamento⁴.

Questo appare *in primis* impegnato nella direzione – che sembra assorbire ogni altra ritenuta non parimenti essenziale – del contenimento del contagio e di tutti i suoi effetti, con pesanti limitazioni per molte attività umane coperte da precise garanzie costituzionali, risultanti ora, di fatto, sostan-

¹ Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

² Com'è noto, la «*salus animarum*», ossia la salvezza eterna delle anime, è concetto che riassume la missione (salvifica) della Chiesa e il fine dell'ordinamento canonico, complessivamente considerato. Il legislatore canonico ha conferito non casuale enfasi al principio, avendolo richiamato, in assenza di qualsiasi particolare connessione con la materia trattata (quella del trasferimento dei parroci), nel canone conclusivo del codice del 1983 (can. 1752 c.j.c.) (J. I. ARRIETA, *La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte dei pastori*, in *Ius Ecclesiae*, 2000, 370).

³ Assai meritorie mi sembrano le iniziative dell'[OLIR](#), che ha aperto un *Dossier emergenza coronavirus*, con focus tematici, documenti e notizie, quella del portale [Religion, Law and Covid-19 Emergency](#), curato e aggiornato dal gruppo di ricerca «DiReSom», operante in seno all'Associazione dei docenti universitari della disciplina giuridica del fenomeno religioso (Adec), nonché della Fondazione Bruno Kessler, che ha organizzato un ciclo di seminari a distanza (*COVID-19, Religion and Belief Webinar Series*).

⁴ Sulla configurabilità della *salus animarum* «come assoluto principio informatore dell'intero ordinamento canonico», cfr., per tutti, J. HERRANZ, *Salus animarum, principio dell'ordinamento canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 2000, 292.

zialmente sospese⁵.

C'erano anche elementari ragioni igieniche a motivare il rifiuto opposto dal «savio prelato» alla richiesta dei decurioni di una processione solenne, ai tempi della peste raccontata nel capolavoro manzoniano. Si sa che, al «replicar dell'istanze», il cardinale Borromeo cedette e acconsenti, senza che il tribunale della sanità facesse «opposizione di sorte alcuna». «Ed ecco che, il giorno seguente [...] le morti crebbero, in ogni classe, in ogni parte della città, a un tal eccesso, con un salto così subitaneo, che non ci fu chi non ne vedesse la causa, o l'occasione, nella processione medesima»⁶.

Basterebbe questa testimonianza storico-letteraria molto nota a sconsigliare categoricamente qualsiasi forma di corteo, di raduno di persone, assembramento *et similia*, per quanto animato da autentica vocazione fideistica. In queste pagine proveremo, però, a capire se e fino a che punto, anche in una drammatica situazione di emergenza come l'attuale, sia giustificata una assoluta prevalenza delle ragioni poste a base della tutela della *salus corporum* rispetto a quelle della *salus animarum*, queste ultime ordinariamente rivendicabili nei limiti dell'esercizio di una libertà fondamentale, riconosciuta dalla Costituzione e da diverse fonti di diritto sovranazionale e internazionale.

2. Le disposizioni emergenziali volte a contenere il contagio da coronavirus specificamente relative alla materia ecclesiastica

Il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, nell'autorizzare il Presidente del Consiglio dei ministri ad adottare misure urgenti allo scopo di evitare il diffondersi del virus SARS-CoV-2⁷, annoverava la possibile «sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di *eventi* e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere [...] religioso», e pure «in luoghi chiusi aperti al pubblico» (art. 1, comma 2, lett. c). Alla previsione veniva data concreta attuazione (limitatamente ai comuni delle regioni Lombardia e Veneto) con d.P.C.M. 23 febbraio 2020 (art. 1, comma 1, lett. c).

Il successivo decreto del 1° marzo 2020, emanato per disciplinare in modo unitario il quadro degli interventi di contenimento del contagio, ribadirà l'operatività della predetta misura nei comuni primi focolai dell'epidemia, mentre con riferimento alle tre regioni più colpite e alle province di Pesaro-Urbino e Savona si parlerà di «sospensione [...] di tutte le manifestazioni organizzate [...] nonché [...] degli eventi in luogo pubblico o privato, ivi compresi quelli di carattere [...] religioso, an-

⁵ È ricorrente l'affermazione che in atto si sia di fronte a una vera e propria sospensione di diverse libertà costituzionalmente garantite: cfr., ad esempio, S. PRISCO, in S. PRISCO - F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020, 3 (che parla addirittura di Costituzione sospesa); V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in [OLIR](#), 16 marzo 2020; M. CARRER, *Salus Rei Publicae e salus animarum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del coronavirus*, in corso di pubblicazione in [BioLaw Journal](#), n. 2, 2020, 1). Reputa, invece, incongruo e inopportuno parlare di «di “sospensione” delle garanzie costituzionali», G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, nel sito [unicost](#), 10 aprile 2020, il quale si chiede «come potrebbe la Costituzione, che trova la sua legittimazione nella tutela dei diritti fondamentali prevedere essa stessa il loro accantonamento, anche se temporaneo».

⁶ A. MANZONI, *I promessi sposi*, a cura di G. Getto, Sansoni, Firenze, 1964, Cap. XXXII, 763.

⁷ Neppure accennerò ai delicati problemi, sul piano del complessivo assetto delle fonti del diritto, legati alla scelta di demandare a una fonte non legislativa l'introduzione di così pesanti restrizioni di non poche libertà fondamentali (tra le quali, in primo luogo, occorre recensire la libertà di circolazione e soggiorno, ma, secondo molti, persino la stessa libertà personale, di cui, peraltro, com'è noto, non è facile, già sul piano concettuale astratto, individuare i precisi caratteri atti a differenziarla dalla prima: sul punto, ampiamente, v. l'aggiornato e esaustivo lavoro monografico di G. D'AMICO, *La libertà “capovolta”. Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 49 ss.). Sulla forte torsione subita dal sistema delle fonti, rinvio, anche per ampie indicazioni bibliografiche, a M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 11 aprile 2020, 1 ss., nonché ad A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in questa *Rivista*, [Studi 2020/1](#), 203 ss., che sottolinea l'urgenza di una sua «nuova razionalizzazione costituzionale» (204), ricordando altresì che alcuni diritti, e segnatamente il diritto di libertà religiosa, «neppure con legge possono essere menomati o sospesi nel loro godimento» (207). Rileva opportunamente che «il rispetto dell'ordine costituzionale delle fonti non è concessione ad una mania classificatoria di specialisti autoreferenziali, ma la carne viva della democrazia “reale”», G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

che se svolti in luoghi chiusi ma aperti al pubblico, quali, a titolo d'esempio, [...] *cerimonie religiose*» (art. 2, comma 1, lett. c). Inoltre, verrà specificamente disciplinata l'*apertura dei luoghi di culto*, «condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro» (art. 2, comma 1, lett. d). Il decreto che firmerà, in una prima fase, il quadro degli interventi e delle misure da applicare in modo uniforme sull'intero territorio nazionale (d.P.C.M. 4 marzo 2020) non conterrà, invece alcuna specifica previsione riguardante la materia ecclesiastica⁸.

Il decreto 8 marzo 2020 ripropone (per la Lombardia e diverse province del nord Italia) la misura della sospensione delle manifestazioni organizzate, nonché degli «*eventi in luogo pubblico o privato*, ivi compresi quelli *di carattere [...] religioso [...]*, anche se svolti in luoghi chiusi ma aperti al pubblico», però dalla esemplificazione immediatamente successiva scompare il riferimento alle cerimonie religiose (art. 1, lett. g), che sarà recuperato in una lettera ulteriore del medesimo articolo, dove si riproduce la norma concernente l'*apertura dei luoghi di culto*, con l'aggiunta che sono sospese «*le cerimonie civili e religiose*, ivi comprese quelle funebri» (art. 1 lett. i); queste prescrizioni sui luoghi di culto e sulle cerimonie (come, del resto, quella sugli eventi, sebbene non si specifichi più che essa comprende anche gli eventi di carattere religioso: art. 2, lett. b), varranno per tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 2, lett. v) del medesimo decreto e poi dell'art. 1 del d.P.C.M. 9 marzo 2020, che vieterà, altresì, «ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico» (art. 1, comma 2).

Infine, il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, nel dettare nuove «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», richiamato in premessa l'art. 16 Cost., che «consente limitazioni della libertà di circolazione per ragioni sanitarie»⁹, e ivi sottolineata l'esigenza che le misure di contrasto e contenimento alla diffusione del virus siano «adeguate e proporzionate», autorizza il Presidente del Consiglio ad adottare, fra l'altro, la misura della limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di *eventi* e di ogni altra forma di *riunione* in luogo pubblico o privato, *anche di carattere [...] religioso* (art. 1, comma 2, lett. g) come pure quella della sospensione delle *cerimonie civili e religiose*, nonché della *limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto* (art. 1, comma 2, lett. h).

Posteriormente a tale decreto-legge è intervenuto il d.P.C.M. 1° aprile 2020 (che si è quasi esclusivamente limitato a sancire la semplice proroga delle precedenti misure) e il d.P.C.M. 10 aprile 2020, che contiene in una unica lettera le prescrizioni riguardanti la materia ecclesiastica, coincidenti, con qualche modifica nell'inciso riguardante gli eventi, con quelle del d.P.C.M. 8 marzo 2020¹⁰. Si conferma così, quanto all'«apertura» condizionata dei luoghi di culto, che essa non è as-

⁸ L'art. 1, lett. b), aveva comunque previsto la sospensione delle manifestazioni, degli eventi e degli spettacoli di qualsiasi natura svolti in ogni luogo, sia pubblico sia privato, che comportano affollamento di persone tale da non consentire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale.

⁹ Si tratta dell'unica disposizione costituzionale dettata in materia di libertà, tra quelle direttamente coinvolte dalle misure adottate dal Governo, a prevedere espressamente il limite dei «motivi di sanità». Sottolinea come l'art. 16 preveda «che siano possibili solo “limitazioni” stabilite per legge in via generale per motivi di sanità o di sicurezza, il che non pare includere una situazione come quella che, purtroppo, è stato necessario adottare», F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in Federalismi.it, 6 aprile 2020, 8 s. Ma già, in questo senso, A. RUGGERI, *Il coronavirus*, cit., 207, il quale altresì rileva che «anche l'idea di un cordone sanitario esteso all'intero Paese sembra estranea alla *ratio* dell'art. 16». Secondo G. D'AMICO, *La libertà “capovolta”*, cit., 176, «il riferimento esclusivo a questa disposizione risulta essere limitativo in considerazione degli effetti che dal decreto derivano anche su altre libertà fondamentali (ad es. di riunione e di religione, oltre che personale)».

¹⁰ «Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sull'intero territorio nazionale si applicano le seguenti misure: [...] i) sono sospese le manifestazioni organizzate, gli eventi e gli spettacoli di qualsiasi natura, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo, religioso e fieristico, svolti in ogni luogo, sia pubblico sia privato, quali, a titolo d'esempio, grandi eventi, cinema, teatri, pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati; nei predetti luoghi è sospesa ogni attività; l'apertura dei luoghi di culto è condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro. Sono sospese le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri;».

sunta in un significato diverso dalle (possibili) limitazioni all'«ingresso» di cui parla il decreto-legge n. 19¹¹.

Riassumendo: su tutto il territorio nazionale *a)* sono sospese le *cerimonie religiose*, comprese quelle funebri; *b)* sono sospesi gli *eventi di carattere religioso* svolti in ogni luogo, sia pubblico sia privato; *c)* gli *edifici di culto* sono aperti, a condizione che vengano adottate misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, avuto riguardo alle dimensioni e alle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza interpersonale di almeno un metro.

3. *L'apertura dei luoghi di culto «condizionata» dalle specifiche restrizioni riguardanti l'accesso, ma di fatto vanificata dalle limitazioni generali concernenti gli spostamenti*

Non bisogna dimenticare che tali prescrizioni vanno collocate in un contesto sistematico più ampio, tenendo conto, in particolare, delle limitazioni previste alla libera circolazione o agli spostamenti sull'intero territorio nazionale. Questi sono consentiti unicamente in presenza di comprovate esigenze lavorative, di situazioni di necessità o di motivi di salute. Se, poi, lo spostamento comporta il trasferimento in comune diverso da quello in cui attualmente ci si trova, devono ricorrere ragioni di assoluta urgenza¹².

La circostanza, quindi, che gli edifici di culto restino «aperti» deve coordinarsi con le norme generali riguardanti gli spostamenti e, al riguardo, tre, mi pare, possono essere le soluzioni interpretative in astratto prospettabili¹³.

Si potrebbe, anzitutto, ritenere che gli edifici restino «aperti» per consentire *solo al personale ecclesiastico* di accedervi; si sarebbe, in altri termini, evitato di disporre la chiusura (ammessa, peraltro, da una prima bozza del decreto-legge n. 19), perché un provvedimento di questo tipo avrebbe potuto essere letto come tale da comportare un divieto assoluto di accesso, valido per chiunque, compresi i ministri di culto addetti all'ufficiatura.

Questa interpretazione sembra, tuttavia, da scartare, in quanto non si vede per quale motivo il legislatore avrebbe dovuto spingersi fino ad adottare una misura così radicale. Pare, invece, chiaro che quando le norme fanno riferimento a luoghi di culto «aperti» intendano riferirsi all'apertura *al pubblico*, ossia alla caratteristica normalmente qualificante il regime giuridico peculiare di questa particolare tipologia di immobili¹⁴.

Anche alla luce di quanto appena precisato, si potrebbe, quindi, ritenere che l'accesso all'edificio di culto da parte dei fedeli possa dipendere da una di quelle «situazioni di necessità» che giustificano, in via generale, gli spostamenti dei cittadini all'interno del territorio comunale¹⁵. L'apertura *al*

¹¹ Aveva considerato più corretta la seconda espressione, A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, in [Settimana News](#), 6 aprile 2020.

¹² Di fatto, peraltro, potranno essere le stesse ragioni che giustificano lo spostamento all'interno del comune a consentire il trasferimento presso un comune diverso, in tutti i casi in cui le esigenze lavorative, o quelle indotte da situazioni di necessità o motivi di salute, non possono essere soddisfatte all'interno del territorio comunale.

¹³ Scarterei sin da subito un'ulteriore ipotesi, quella dell'apertura, per così dire, «simbolica» degli edifici di culto (««chiesa aperta» come segno di speranza»), evocata in un contesto diverso dal nostro (anche se a noi molto vicino), quello cioè della Repubblica di San Marino, dove si è optato per la chiusura totale di tali strutture: cfr. le dichiarazioni del vescovo della diocesi San Marino-Montefeltro riportate da A. DE OTO, *La Serenissima Repubblica di San Marino e l'esercizio del culto nell'era del Covid-19: tra storia, diritto comune e decreti emergenziali*, in [DiReSom](#), 3 aprile 2020, 8 s. del *paper*.

¹⁴ È ipotizzabile che il legislatore, avendo fatto riferimento ai «luoghi di culto», per quanto abbia utilizzato una locuzione capace di abbracciare sia gli *edifici di culto pubblico* (ad es. le chiese) sia gli *edifici di culto privato* (ad es. gli oratori, le cappelle private), abbia inteso riferirsi essenzialmente ai primi. Del resto, solo nel primo caso, com'è noto, l'*esercizio pubblico del culto*, destinato a un numero tendenzialmente illimitato e indefinito di fedeli, e quindi il libero accesso alla struttura (senza cioè la necessità di dimostrare alcun particolare titolo di ammissione), è elemento qualificante dello stesso regime giuridico dell'immobile.

¹⁵ Non esclude la possibilità che il fedele possa dimostrare la ricorrenza di una tale situazione di necessità, pur sottolineando il «non facile» onere della prova che su di lui graverebbe, M. CARRER, *Salus Rei Publicae e salus animarum*, cit., 4.; ritiene che recarsi in chiesa a pregare sia comportamento autorizzato secondo quanto già desumibile dalla nor-

pubblico di determinati uffici o servizi, nel contesto delle misure emanate dal Governo, sembra già scontare a monte un apprezzamento del loro carattere «essenziale», destinato a incidere, almeno di norma, sulle ragioni che giustificano gli spostamenti. Se le farmacie sono aperte, raggiungerle per l'acquisto di un farmaco è condotta normalmente (anche se non necessariamente e sempre) giustificata. *Idem*, ritengo, per i servizi postali: ritirare una pensione allo sportello o pagare una bolletta in scadenza giustifica lo spostamento all'interno del comune in cui ci si trova (o anche fuori, ove in esso manchi una farmacia o un ufficio postale). Pertanto, se le chiese, come le moschee o i templi di denominazioni evangeliche o protestanti, restano «aperti» *al pubblico*, la logica di una tale misura, anche in una situazione di emergenza, dovrebbe essere quella di consentire l'ingresso ai fedeli che desiderino, ad esempio, raccogliersi in un momento di preghiera¹⁶: il che andrebbe a incidere sulla stessa ricorrenza, se non delle ragioni di «salute» – essendo pacifico che nelle norme in vigore non è la *salus animarum* a rilevare, quanto quella *corporum* – di quelle di «necessità» (intese come soddisfazione di un *bisogno* interiore di conforto spirituale), presupposto imprescindibile di un lecito spostamento. E se fosse consentito recarsi in chiesa o alla moschea o al tempio per dedicarsi a una preghiera individuale, non si vede perché dovrebbe ritenersi vietato farlo nel momento in cui ivi si svolgesse una funzione religiosa (ammesso che una tale funzione possa svolgersi e salvo il rispetto delle regole di distanziamento).

C'è poi una terza possibilità – coincidente con l'interpretazione suggerita dallo stesso Ministero dell'interno nella nota emanata il 27 marzo scorso¹⁷ e destinata, quindi, ad affermarsi nella prassi – ossia dell'ingresso negli edifici di culto, per così dire, “occasionale”, che avvenga, cioè, *solo in occasione* degli spostamenti determinati da (altre) ragioni di necessità, di salute o lavorative. Le norme vigenti avrebbero considerato l'ipotesi che, qualora ci si muova da casa per fare la spesa o per andare dal medico o al lavoro, si possa decidere di fare una capatina in chiesa o in altro edificio di culto, ammettendo che ciò possa avvenire, purché (ovviamente) le suddette strutture siano effettivamente aperte a quell'ora e si trovino lungo il tragitto che si è costretti a percorrere (nessuna deviazione o prolungamento del percorso dovrebbe ritenersi tollerabile)¹⁸. Non è necessaria, in tal caso, come risulta dalla stessa nota ministeriale e anche in considerazione del necessario carattere “estemporaneo” della condotta, l'indicazione nell'autocertificazione: lo spostamento non rientra in alcuna delle ipotesi (previste dalla normativa e) riportate nel modulo, da cui deve risultare, ovviamente, la ragione principale dello spostamento. Con vantaggi almeno dal punto di vista del diritto a non rivelare le proprie convinzioni inerenti alla fede professata.

mativa in vigore, e che esso rientri negli «spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio» motivati «da altre specifiche ragioni», cui fa riferimento l'art. 1, lett. a), del decreto-legge n. 19 del 2020, N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 7, 2020, 36; nega, invece, che tra le «situazioni di necessità» possa «rientrare, direttamente, una generica libertà religiosa, proprio perché l'uscita dalla propria residenza motivata dall'esercizio di tale libertà, quand'anche solo individuale, può dar vita proprio a quelle situazioni aggregative che le disposizioni governative intendono ragionevolmente evitare», A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, cit.

¹⁶ Non si comprenderebbe, altrimenti, il senso delle stesse condizioni che sono poste all'apertura dei luoghi di culto, quale, ad esempio, il rispetto della misura di così detto distanziamento sociale o interpersonale.

¹⁷ Ministero dell'interno, Dip. per le libertà civili e l'immigrazione, Direz. centr. degli Affari dei Culti, 27 marzo 2020 - *Quesiti in ordine alle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Esigenze determinate dall'esercizio del diritto alla libertà di culto*, in *OLIR*, Documenti.

¹⁸ Giudica «grottesca» tale interpretazione e priva di qualunque «appiglio normativo», N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, cit., 36; la accoglie, invece, favorevolmente, A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, cit. Si veda anche S. MONTESANO, *L'esercizio della libertà di culto ai tempi del Coronavirus*, in *OLIR*, 20 marzo 2020, il quale, prima della emanazione della nota, aveva tratto argomento dal «fatto che, ad oggi [20 marzo 2020], sia possibile – secondo quanto stabilito dai decreti e come chiarito anche dal Viminale – uscire di casa per una passeggiata», ritenendo che ciò «potrebbe consentire al fedele di recarsi in una chiesa o verso un diverso luogo di culto – purché sia aperto e purché al suo interno vengano garantite le norme di sicurezza – e sostare al suo interno per un lasso di tempo ragionevole, finalizzato all'esercizio culturale personale».

4. *L'incerta definizione del divieto di compimento delle «cerimonie» religiose e la portata ad esso attribuita dalla nota ministeriale*

Non chiaramente definita dalle norme vigenti è, inoltre, la portata da attribuire alla misura della sospensione delle «cerimonie religiose»¹⁹, esplicitamente contemplata, peraltro, tra le misure elencate dai decreti presidenziali del 1° e dell'8 marzo (e, ora, del 10 aprile), ma non menzionata, in termini altrettanto espliciti, nel primo decreto-legge autorizzativo n. 6 del 2020²⁰. Mi sembra pacifico che tra le suddette cerimonie andassero ricomprese le esequie²¹, data la puntuale specificazione contenuta nello stesso decreto dell'8 marzo (e nonostante essa non sia riproposta nel decreto-legge n. 19)²². E mi pare ovvio, altresì, che il riferimento alle «cerimonie religiose» sia fatto alle cerimonie *meramente religiose* (e a prescindere da un qualsiasi collegamento con una eventuale ulteriore attività distinta dal rito religioso), suonando davvero strano che nell'abbinamento normativo con le cerimonie civili («cerimonie civili e religiose») il rapporto tra i due aggettivi possa da qualche Autore essere ricostruito come avente valore congiuntivo²³. Una questione, di non secondario rilievo, che ragionevolmente avrebbe potuto suscitare incertezze interpretative, riguarda invece la riconducibilità al concetto di «cerimonia religiosa» della celebrazione della Santa Messa.

A rigore va osservato che, sebbene anche la Santa Messa sia sicuramente – o comunque implichi lo svolgimento di – una «cerimonia» (sacra) (in senso lato), tuttavia il legislatore sia solito distinguere tra «cerimonie» (religiose) e «funzioni» (religiose), basandosi di norma sul rispettivo carattere *accessorio* o *essenziale* al culto.

La distinzione è presente, ad esempio, nell'art. 26 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 (*Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*), dove si prevede che il questore possa «vietare, per ragioni di ordine pubblico o di sanità pubblica, le *funzioni*, le *cerimonie*, le pratiche religiose e le processioni [...], o può prescrivere l'osservanza di determinate modalità, dandone, in ogni caso, avviso ai promotori almeno ventiquattro ore prima». Essa è pure presente nell'art. 405 c.p. che, anche dopo la modifica apportata dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85, punisce «[c]hiunque impedisce o turba l'esercizio di *funzioni*, *cerimonie* o pratiche religiose del culto di una confessione religiosa»: e la dottrina penalistica ha sempre interpretato la disposizione nel senso che le *funzioni* religiose sono «gli atti essenziali del culto, come la celebrazione dei sacramenti, la messa, ecc.», mentre le *cerimonie* sono «gli atti complementari o decorativi» del medesimo (ad es., le processioni)²⁴.

¹⁹ Stando alla lettera della disposizione, «non rileva in alcun modo il luogo in cui si possano svolgere, cioè se in chiesa, all'aperto o altrove»: M. CARRER, *Salus Rei Publicae e salus animarum*, cit., 2.

²⁰ Ha conseguentemente sollevato la questione della conformità della previsione specifica contenuta nel d.P.C.M. 8 marzo 2020 con la fonte autorizzativa, F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020: un suggerimento ermeneutico ecclesiasticistico*, in *Diritti Regionali*, n. 1, 2020, 484.

²¹ Ricorda al riguardo A. GIANFREDA, *Libertà religiosa e culto dei defunti nell'epoca del Coronavirus*, in *OLIR*, 17 marzo 2020, che le «restrizioni “dolorosamente” fatte proprie dalla Chiesa italiana [...] non escludono *in toto* le esequie ecclesiastiche, ma si limitano a ridurre, in molti casi, il rito alla sola fase della benedizione della salma nel luogo della sepoltura. Ciò che si perde rimane comunque la messa esequiale e dunque la percezione proprio del significato pasquale della stessa oltre che la dimensione comunitaria che segnala visibilmente l'appartenenza del defunto e dei suoi cari al Popolo di Dio». Cfr., altresì, la Circ. del Ministero della Salute, Direzione Generale della Prevenzione Sanitaria 1° aprile 2020, *Indicazioni emergenziali connesse ad epidemia COVID-19 riguardanti il settore funebre, cimiteriale e di cremazione*.

²² Ne aveva tratto, invece, argomento per ritenere che esse «a rigor di logica sarebbero attuabili», F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020*, cit., 489. Ricorda opportunamente che le precedenti misure sono state, comunque sia, oggetto di proroga, N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, cit., 29. Ora, la sospensione delle esequie è espressamente prevista dal d.P.C.M. 10 aprile 2020.

²³ Mi pare palesemente forzato il suggerimento interpretativo proposto da F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020*, cit., 484 ss., secondo il quale il divieto opererebbe soltanto per le cerimonie di carattere religioso e civile *insieme*. Cfr. pure la Nota del Ministero dell'interno, cit., dove, precisandosi che i matrimoni non sono in sé vietati, non si distingue tra matrimonio concordatario e matrimonio meramente canonico, mentre, significativamente, si richiama il divieto introdotto dalle norme nei termini di divieto delle «cerimonie pubbliche, civili e religiose».

²⁴ Così il classico F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, ottava ed. riv. e aggiorn. da L. Conti, Giuffrè, Milano, 1982, 691. La dottrina si rifà a quanto precisato dalla stessa Relazione ministeriale al progetto del Co-

Dal punto di vista dell'afflusso di pubblico – su cui si sarà, del tutto comprensibilmente, indirizzata, in primo luogo, la valutazione degli organi governativi – può non esserci differenza alcuna tra le due situazioni: la presenza di un certo numero di persone può accompagnare indifferentemente sia la «funzione» (propriamente detta) che qualsiasi «cerimonia» (sia essa civile o religiosa), ed è certamente questa la ragione che ha portato all'introduzione del divieto. Si pensi ai cortei funebri o alle processioni per le pubbliche vie (queste ultime molto frequenti proprio nel periodo pasquale, costituendo una manifestazione della liturgia cattolica tipica di questo periodo dell'anno). Tuttavia, l'essenzialità o no dell'atto, nei termini appena precisati, potrebbe essere considerata come elemento da non trascurare, e risultare, anzi, decisivo, in una valutazione di legittima restrizione della libertà fondamentale di professione della fede religiosa e di esercizio pubblico del culto²⁵. Nulla di tutto questo traspare, però, dalle posizioni del Governo, secondo il quale, come è dato ricavare dalla nota della Conferenza episcopale italiana, emanata subito dopo la pubblicazione del d.P.C.M. 8 marzo 2020, le Sante Messe e le esequie sono senz'altro da includere tra le «cerimonie religiose» (sospe- se)²⁶.

Maggiormente ispirata da ragioni di opportunità, che dall'essere fedele al tenore concreto delle disposizioni in vigore, appare la soluzione adottata dalla nota del Ministero (che, comunque sia, rispetto alla posizione del Governo per come riferita dalla menzionata nota della CEI, ha l'effetto di mitigarne l'assoluto rigore), secondo cui le celebrazioni liturgiche «non sono in sé vietate, ma possono continuare a svolgersi senza la partecipazione del popolo»²⁷.

Delle due, infatti, l'una: o, nella normativa emergenziale in esame, non c'è differenza tra «funzioni» e «cerimonie» religiose (il secondo termine potendo essere letto, del tutto impropriamente, come riferibile anche alle prime) e allora la celebrazione della Santa Messa dovrebbe ritenersi *vietata sempre*, anche senza concorso di popolo; oppure, anche in quella normativa, una differenza c'è, e dunque la celebrazione dovrebbe ritenersi *sempre ammessa*, salvo il rispetto delle precauzioni necessarie al distanziamento interpersonale e anche con una partecipazione *almeno occasionale* di fedeli, perlomeno cioè di quelli che si trovassero nei paraggi del luogo di culto per ragioni di necessità e decidessero di accedervi²⁸.

In realtà, seguendo come fondamentale direttiva, per come precisato dalla stessa nota, quella di evitare gli assembramenti, si è pensato di consentire *soltanto* al ministro celebrante e a qualche stretto collaboratore di partecipare alla celebrazione, integrandosi, però, in tal modo, per tale aspetto, le prescrizioni risultanti dai provvedimenti presidenziali.

dice penale, che distingue tra le funzioni religiose quali «atti costitutivi del culto» e le cerimonie quali semplici «atti complementari o decorativi» (Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, V, II, Roma, 1929, 195). Di recente, cfr. F. BASILE, *A cinque anni dalla riforma dei reati in materia di religione: un commento teorico-pratico degli artt. 403, 404 e 405 c.p.*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), maggio 2011, 40 s., il quale ricorda altresì che per la dottrina maggioritaria i termini in questione «sono concetti normativi, il cui contenuto va individuato con riferimento al diritto canonico [...] ovvero, più in generale, con riferimento agli ordinamenti confessionali della confessione di volta in volta interessata» (41).

²⁵ Una valutazione di questo tipo è alla base delle opinioni dottrinali che avevano auspicato che venisse lasciata «la possibilità di celebrare almeno la messa domenicale» [così M.L. LO GIACCO, *In Italia è in quarantena anche la libertà di culto*, in [DiReSom](#), 12 marzo 2020, 8], oppure «le messe esequiali», «con tutte le dovute precauzioni sanitarie» (così A. GIANFREDA, *Libertà religiosa e culto dei defunti*, cit.). Sottolinea però come sono proprio queste le occasioni di maggiore affollamento e quindi di maggiore pericolo, N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, cit., 35. Non è un caso se in Polonia si è deciso di aumentare la frequenza delle messe, proprio per ridurre l'affollamento e consentire il rispetto del distanziamento interpersonale: cfr. D. TARANTINO, «*Non in pane solo vivet homo*». *I cattolici di fronte al Covid-19*, in [DiReSom](#), 21 marzo 2020, 5, nota 13, del *paper*. Quanto alle messe esequiali, si potrebbe pensare di limitarle, specie in aree del Paese in cui l'epidemia non ha raggiunto le proporzioni dei territori più colpiti, ai parenti strettissimi, considerando che la stessa nota ministeriale cit. ammette la celebrazione del matrimonio alla sola presenza dei nubendi e dei testimoni (quindi di almeno quattro persone oltre al celebrante).

²⁶ CEI, *Decreto "coronavirus": la posizione della CEI*, 8 marzo 2020, consultabile sul sito [Chiesa cattolica italiana](#).

²⁷ Parla di «opportuna interpretazione autentica», A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, cit.

²⁸ Sottolinea lo «stato di incertezza nella somministrazione dei sacramenti» che si è venuto a creare con la normativa in vigore, V. PACILLO, *Il diritto di ricevere i sacramenti di fronte alla pandemia. Ovvero, l'emergenza da COVID-19 e la struttura teologico-giuridica della relazione tra il fedele e la rivelazione della Grazia*, in [OLIR](#), 6 aprile 2020.

5. *L'approccio ispirato a massima precauzione e prudenza verso la diffusione del contagio e a discapito delle espressioni collettive e pubbliche della libertà religiosa nel contesto di una società secolarizzata*

Come si è potuto più sopra vedere, nelle disposizioni emergenziali sul coronavirus, che non trascurano di disciplinare *in modo espresso e puntuale* profili afferenti alla materia ecclesiastica, non manca una attenzione particolare verso il fenomeno religioso. In buona parte, però, queste disposizioni servono solo a ribadire la validità di misure restrittive generali anche per le estrinsecazioni collettive e pubbliche della libertà di culto²⁹, senza dar vita a speciali deroghe o adattamenti. Una Messa, una «assemblea che confessa la propria fede»³⁰, si potrebbe forse dire, non vale più di un qualunque «assembramento» di persone, decisamente sconsigliabile e da evitare in tempi di epidemia. E in effetti, almeno dal punto di vista del pericolo del contagio, è proprio così.

L'unica misura di carattere speciale volta a riservare un *trattamento di particolare favore* alla tutela della libertà religiosa esercitata in forma collettiva sembrava essere quella riguardante l'apertura dei luoghi di culto³¹, che finisce, però, con l'assumere rilevanza poco più che simbolica alla luce dei chiarimenti diramati con la già citata nota del Ministero dell'interno, perfettamente allineata su un approccio massimamente "prudenziale" verso la prevenzione del contagio, con conseguente sacrificio per quella libertà.

C'è, anzitutto, da fare chiarezza sui limiti cui sottostà la libertà prevista dall'art. 19 Cost. A prescindere dalla situazione di gravissima emergenza in atto, a mio parere sarebbe una ricostruzione interpretativa lontana dall'approssimarsi al vero quella secondo cui la libertà garantita dalla richiamata disposizione costituzionale soggiaccia all'unico limite del «buon costume» (il solo a essere esplicitamente contemplato dalla disposizione e, peraltro, con esclusivo riferimento ai «riti»)³². Ogni lettura di questo tipo delle disposizioni costituzionali non tiene conto dei nessi sistematici tra esse intercorrenti, che impediscono di coglierle come monadi del tutto isolate dal contesto: ai sensi dell'art. 32 Cost., la Repubblica tutela la salute come «fondamentale» diritto dell'individuo e interesse della collettività; la libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost. consente «le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità», con una previsione suscettibile plausibilmente di trovare applicazione anche per gli spostamenti determinati da ragioni religiose; lo stesso art. 17 Cost., nel prevedere che l'autorità possa vietare le riunioni in luogo pubblico «soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica» (nella quale ultima nozione si possono ritenere ragionevolmente compresi anche quelli di sanità pubblica)³³, è lungi, almeno secondo le acquisizioni di una parte della dottrina³⁴, dal dettare una disposizione non applicabile alle riunioni religiose (che si svolgano in luogo pubblico). Se un limite legato alla tutela della salute pubblica esiste, potrebbe non esserci alcuna «antinomia» tra le norme emergenziali in esame e l'art. 19 della Carta³⁵.

Il punto è un altro e presenta significativi risvolti sostanziali e procedurali. E cioè: sul piano sostanziale, andrebbe verificato se le ragioni legate alle precauzioni contro il diffondersi del virus pos-

²⁹ Sospensione di ogni forma di riunione *anche di carattere religioso*; sospensione degli eventi, *ivi compresi quelli di carattere religioso*; sospensione delle cerimonie civili e religiose, *comprese quelle funebri*.

³⁰ Segnala l'uso improprio del termine «assembramento» per qualificare «un'assemblea che confessa la propria fede», R. SACCENTI, *Il "digiuno" liturgico nella Quaresima segnata dal COVID-19*, in [OLIR](#), 12 marzo 2020.

³¹ In senso conforme, A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, cit., il quale osserva che «solo al diritto di libertà religiosa il medesimo DPCM [8 marzo 2020] riserva una lettera, la *i*, che evita alle chiese la chiusura prevista per i musei».

³² Molto più articolata, com'è noto, è l'elencazione dei limiti alla libertà di manifestare la propria religione o credo presente nell'art. 9, par. 2, CEDU, tra cui risulta espressamente indicato quello della protezione della salute.

³³ ... sebbene i due concetti figurino distintamente enunciati nel secondo comma dell'art. 14 Cost.

³⁴ Basta rifarsi all'insegnamento di A.C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, quarta ed., Giuffrè, Milano, 1975, 193: «Neghiamo [...] che il tenere una cerimonia di culto implichi una differenziazione dalle altre riunioni, e dia vita ad una figura giuridica particolare, che non goda più della protezione dell'art. 17 della Costituzione». È chiaro che la protezione opererà nei limiti fissati dalla stessa disposizione.

³⁵ Considera, invece, evidente l'anzidetta antinomia, M. CARRER, *Salus Rei Publicae e salus animarum*, cit., 2.

sano giustificare una compressione *così pesante* (direi quasi un *azzeramento*) della libertà di culto pubblico quale quella risultante dalle norme in vigore. E, sul piano procedurale, se, una volta ammesso, a un esito di quel tipo sarebbe stato preferibile giungervi *per altre vie* rispetto a quelle concretamente battute.

È fuori luogo, a mio parere, ipotizzare che le scelte degli organi governativi siano il frutto di una «innovativa» «declinazione del principio di laicità dello Stato», invasiva dell'autonomia della Chiesa³⁶. Piuttosto, avrà molto probabilmente avuto un qualche riflesso su di esse la crescente *secolarizzazione* della società, condizionando, in qualche misura, l'individuazione del punto di equilibrio ritenuto ideale, nella condizione data, tra concorrenti valori costituzionali reclamanti un adeguato bilanciamento.

È molto ricorrente l'assimilazione dell'emergenza attuale a quella dello stato di guerra³⁷, sebbene il paragone regga solo per qualche profilo e non sia proponibile o sia del tutto improprio per altri. Con tutti i conseguenti necessari distinguo, l'impressione che può derivare anche da una rapida scorsa delle norme contenute nelle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 sul diritto bellico è che la libertà religiosa sia fatta oggetto di uno speciale trattamento di favore basato su un quadro articolato di garanzie ad essa specificamente relative³⁸ ed è (la predetta impressione) solo in parte coincidente con quella suscitata dalle norme emergenziali in vigore. Basti pensare all'attenzione riservata ai riti religiosi di sepoltura dei caduti in guerra durante le operazioni militari³⁹. Ripeto: nessun atteggiamento ostile o discriminatorio verso il fenomeno religioso, ma semplice segno dei tempi e conseguenza dello spazio effettivo che la religione ha nell'attuale società italiana ed europea (ancor più, forse, delle caratteristiche del tutto peculiari della situazione di pericolo legata alla diffusione del virus).

Per tornare al presente, l'esito di quel bilanciamento tra concorrenti valori costituzionali, che ci si è lodevolmente sforzati di compiere pure in una situazione di emergenza senza precedenti nella storia italiana repubblicana, ha lasciato alcuni insoddisfatti sotto molteplici aspetti. In effetti, l'attività di culto pubblico, pur rientrando certamente tra quelle *a più alto rischio* per la diffusione del contagio⁴⁰, non solo è considerata come attività non equiparabile a quelle essenziali, ma, almeno in una prima fase, sembra subito relegata tra *quelle di cui si può fare tranquillamente a meno*, a differenza di altre, pacificamente altrettanto non essenziali e suscettibili di simile valutazione in termini di rischi potenziali per il contagio, le cui esigenze di continuità sono state all'inizio ritenute de-

³⁶ Si pone, invece, in questa prospettiva M. CARRER, *Salus Rei Publicae e salus animarum*, cit., 5, che parla, fra l'altro, di «diretta supremazia dello Stato negli affari spirituali».

³⁷ Ad esempio, parla di «guerra inedita, imprevedibile, “epocale”», A. D'ALOIA, *L'emergenza e... i suoi “infortuni”*, in Dirittifondamentali.it, 26 marzo 2020, 2 (cfr. anche 6). Riconduce allo «schema dell'art. 78 invece che dell'art. 77» Cost. la stessa tecnica di conferimento di poteri al Presidente del Consiglio necessari a fronteggiare l'emergenza di cui al decreto-legge n. 6 del 2020, N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, cit., 26; cfr. anche F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., 8 ss.; secondo A. RUGGERI, *Il coronavirus*, cit., 208, non vi è «chi non veda come non sia affatto la stessa cosa che si abbia un previo e necessario intervento parlamentare a carattere direttivo rispetto ad interventi meramente successivi (in ispecie, in sede di conversione dei decreti-legge man mano adottati, a partire appunto dal primo della serie)». Parla di «guerra solo metaforica, benché cambi comunque le nostre vite e mieta vittime», osservando che «non si può procedere ad applicare lo schema per analogia, se non con molta circospezione», S. PRISCO, *I diritti al tempo del coronavirus*, cit., 5. Ricordo che ormai da tempo si è da più parti segnalato il carattere non più attuale della stessa procedura prevista dall'art. 78 Cost. di fronte al modo nuovo di concepire i conflitti (ossia la guerra in senso proprio) che negli ultimi tempi è andato affermandosi nel nostro sistema giuridico.

³⁸ Per una rassegna delle disposizioni in questione, cfr. S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI, *Codice del diritto ecclesiastico*, quinta ed., con la collaborazione di A. Licastro e M. Toscano, Giuffrè, Milano, 2009, 83 ss.

³⁹ Cfr. l'art. 17, secondo e terzo comma, della *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, dove si prevede che «[I]es corps ne pourront être incinérés que pour d'impérieuses raisons d'hygiène ou des motifs découlant de la religion des décédés [...] Les Parties au conflit veilleront, en outre, à ce que les morts soient enterrés honorablement, si possible selon les rites de la religion à laquelle ils appartenaient [...]».

⁴⁰ ... come comprovato, ad esempio, dalle vicende passate in rassegna da G. FATTORI, *La libertà religiosa al tempo del Coronavirus*, in DiReSom. Sul caso sudcoreano, cfr. pure M. INTROVIGNE, *Lesson from the shincheonji case in south korea: monitoring without scapegoating*, ivi, 23 marzo 2020.

gne di positivo apprezzamento⁴¹. Secondo alcuni Autori, inoltre, le misure adottate, giungendo a condizionare l'attività rituale della Chiesa, ossia «il centro del vissuto di fede della comunità ecclesiale»⁴², di cui si trascura l'essenziale dimensione comunitaria, hanno fatto emergere «un dibattito sui limiti teologici di una celebrazione eucaristica *sine populo*»⁴³, e, dal punto di vista giuridico-costituzionale, il dubbio di una *invasione dell'ordine proprio di competenza della Confessione*, dalla Costituzione garantito come intangibile, in quanto contraddistinto dagli attributi della sovranità e indipendenza (art. 7, primo comma, Cost.)⁴⁴; ancora, è parso ad alcuni essersi *ignorato il vincolo di natura bilaterale* derivante dagli accordi concordatari (e dalle intese) che solennemente riconoscono alla Chiesa stessa (e alle altre confessioni) la libertà di pubblico esercizio del culto⁴⁵.

Quest'ultimo è il risvolto forse maggiormente criticabile dell'intera vicenda – essendo ormai non più percepibile il primo dopo le innovazioni normative più recenti – nella quale la Chiesa sembra avere subito l'imposizione delle misure in esame (sebbene, formalmente, replicate senza ritardo in autonomi provvedimenti ecclesiali), adeguandosi ad esse anche in nome dell'impegno alla «reciproca collaborazione per [...] il bene del Paese» solennemente sancito nell'art. 1 del nuovo Concordato⁴⁶, la cui salvaguardia non meramente nominale o di facciata avrebbe però richiesto un coinvolgimento preventivo della Confessione, vista la posizione di autonomia ad essa riconosciuta dalla Costituzione nel suo proprio «ordine»⁴⁷. Si può anche escludere ogni intervenuta violazione del principio di cui al primo comma dell'art. 7 Cost., ma il virus, per quanto «laico e pluralista»⁴⁸, che ha colpito (e continua a farlo) tutti allo stesso modo, senza distinzione di fede professata, certamente «mette alla prova [...] sia gli ordini degli Stati che quelli delle Chiese»⁴⁹.

Inimmaginabile, certo, provare a difendere, in una situazione di emergenza, lo stretto rispetto della ritualità delle forme individuate dall'art. 14 dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra Stato e Chiesa per la risoluzione di eventuali difficoltà di applicazione degli impegni concordatari; e tuttavia, dal punto di vista di tali impegni, come anche, prima ancora, della stessa logica di cooperazione tra Stato e confessioni, costituente uno dei profili caratterizzanti il volto stesso del diritto ecclesiastico ita-

⁴¹ Si veda, in particolare, l'art. 2, lett. e) e f), d.P.C.M. 8 marzo 2020, che lasciava aperti ristoranti e bar, con l'obbligo dell'adozione della misura di distanziamento, limitandosi poi solo a fortemente raccomandare, per gli altri esercizi commerciali, misure atte a evitare gli assembramenti.

⁴² R. SACCENTI, *Il "digiuno" liturgico nella Quaresima*, cit.

⁴³ R. SACCENTI, *Il "digiuno" liturgico nella Quaresima*, cit.

⁴⁴ Per questo tipo di rilievi, cfr. F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020*, cit., 485 e 491, dove si sottolinea il «rapporto paritario tra i due ordinamenti primari coinvolti», «l'innegoziabile indipendenza sovrana dell'uno e dell'altro soggetto», nonché il rischio di «nuove forme di giurisdizionalismo con indebite intromissioni della sfera secolare in ambito prettamente spirituale»; M. CARRER, *Salus Rei Publicae e salus animarum*, cit., 2 e 6; V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa*, cit., il quale, con una nota di ironia, osserva che «[r]ientra dunque nell'ordine proprio dello Stato, ex primo comma dell'art. 7 della Costituzione, decidere in che modo, per quanto tempo e a quali condizioni la libertà ecclesiastica possa essere compressa, a prescindere dal fatto che l'altra parte esprima il suo assenso a tale compressione». Ritiene invece che siamo «nell'ordine proprio dello Stato, in un caso limite di bilanciamento tra suoi beni costituzionali, la salute e, appunto, il sentimento religioso», A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, cit.; afferma che il principio della distinzione degli ordini «non sembra subire appannamenti o distorsioni applicative», S. MONTESANO, *L'esercizio della libertà di culto ai tempi del Coronavirus*, cit.

⁴⁵ Denunciano il contrasto delle disposizioni vigenti con i vincoli concordatari, F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020*, cit., 483 e 491; M. CARRER, *Salus Rei Publicae e salus animarum*, cit., 3 s., secondo cui «lo Stato è intervenuto in una materia che non gli è propria e, in un sol colpo, ha derogato a norme di livello costituzionale, di livello ordinario rinforzato (quanto a gerarchia delle fonti) e di importanza strutturale (quanto a contenuto)»; V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa*, cit., il quale parla di «una decretazione d'urgenza anomala [...] che ha di fatto travolto [...] lo stesso sistema concordatario fondato sull'articolo 7 della Carta fondamentale».

⁴⁶ Ritiene che la CEI, essendosi «allineata senza indugi alle disposizioni governative», si sia posta «in quell'ottica di collaborazione per il bene del Paese che irrori i rapporti tra autorità ecclesiastiche e pubblici poteri secondo il disposto dell'articolo 1 del Concordato del 1984», N. FIORITA, *Libertà religiosa e solidarietà civile nei giorni della grande paura*, in *OLIR*, 10 marzo 2020.

⁴⁷ Cfr. S. PRISCO, in S. PRISCO - F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus*, cit., 15, che sottolinea l'importanza della «leale collaborazione con le autorità delle confessioni religiose, per la chiesa cattolica nell'ambito del vigente sistema concordatario, per le altre sulla base delle intese, quando esistenti e operanti, o comunque con accordi puntuali, per quelle senza intese».

⁴⁸ A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, cit.

⁴⁹ A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, cit.

liano per come delineato dalla Carta fondamentale (artt. 7, secondo comma, e 8, terzo comma, Cost.), è evidente che a rigore sarebbe stata quella la strada da seguire⁵⁰: in alternativa, anche una consultazione del tutto informale, non disdegnata neppure dalla Francia emblema del modello “separatista” di relazioni tra Stato e confessioni⁵¹, avrebbe proiettato una luce completamente diversa a misure fortemente restrittive direttamente della *libertas Ecclesiae* e, indirettamente, di quella *fidelium*. Quest’ultimo è poi un passaggio cruciale: è chiaro che quando le Parti dell’Accordo hanno espressamente disciplinato la *libertà della Chiesa di esercizio pubblico del culto* (art. 2 del nuovo concordato, ma analoghe previsioni sono dettate dalle intese) non intendevano certo riferirsi a celebrazioni tenute a porte chiuse o trasmesse in *streaming*, ma ad attività i cui naturali destinatari sono i fedeli, chiamati a parteciparvi attivamente *secondo le* (esclusive e libere) *determinazioni dell’autorità ecclesiastica* (o confessionale).

Un conto è, poi, riconoscere che la limitazione alla libertà di culto pubblico è, nelle circostanze date, *assolutamente fondata*, un altro è elevare il diritto alla salute a *esclusivo* criterio di valutazione di una normativa ordinaria (o, addirittura, di rango secondario) capace di porre nel nulla o azzerare qualsiasi altra norma o garanzia costituzionale. Se è vero che «in condizioni di emergenza “saltano” gli schemi correnti»⁵², ciò non dovrebbe però accadere automaticamente, quale ineluttabile conseguenza della situazione di crisi, ma solo in presenza di motivate, ragionevoli e non insindacabili giustificazioni.

Senza considerare che l’“accettazione” *ex post*, da parte della gerarchia, delle misure (unilateralmente) adottate dal Governo sembra suonare, anche sul piano sostanziale, più come una “acquiescenza” alle scelte da questo operate, che come una convinta e incondizionata “condivisione” della strategia di lotta al nemico invisibile ad esse sottesa⁵³ (e ciò al netto degli episodi, per fortuna circoscritti, di violazione delle prescrizioni statali di cui è giunta fin qui notizia); mentre, dal canto suo, la stessa Confessione avrebbe forse dovuto essere pronta a mettersi sin da subito in discussione, facendosi essa, possibilmente con una unica voce, *diretta promotrice* della necessità di salvaguardia di un principio di precauzione in tutte le sue attività esposte a maggiori rischi, incoraggiando, però, al tempo stesso i propri ministri a misurarsi *anche con forme nuove* di impegno pastorale nell’affrontare la nuova sfida.

6. Diritto alla salute, stato di necessità e carattere non indifferibile delle esigenze di tutela legate alla libertà religiosa

Le attuali restrizioni riguardanti la libertà di culto, in qualche modo compensate da un impegno supplementare dei mezzi di comunicazione sociale (*in primis*, di quello – non scontato⁵⁴ – del servi-

⁵⁰ Cfr. V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa*, cit.

⁵¹ Si veda L.M. GUZZO, *Diritto e religione durante (e dopo) l’Emergenza da Covid-19: la legge è per l’uomo, non l’uomo per la legge*, in *DiReSom*, 5 del paper.

⁵² A. RUGGERI, *Il coronavirus*, cit., 207.

⁵³ Appare alquanto verosimile l’immagine di una «collaborazione ottenuta *oborto collo*», di cui parla F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020*, cit., 3, confermata dal tenore della menzionata nota della CEI dell’8 marzo 2020, dove si rinvia a una «interpretazione fornita dal Governo» che costituisce «un passaggio fortemente restrittivo, la cui accoglienza incontra sofferenze e difficoltà nei Pastori, nei sacerdoti e nei fedeli» ed è «mediata unicamente dalla volontà di fare, anche in questo frangente, la propria parte per contribuire alla tutela della salute pubblica».

Una rassegna delle norme confessionali, con cui si sono sostanzialmente recepite le indicazioni governative, può leggersi in F. BALSAMO, *La leale collaborazione tra Stato e confessioni religiose alla prova della pandemia da Covid-19. Una prospettiva dall’Italia*, in *DiReSom*, 27 marzo 2020, 3 ss. Sulla posizione manifestata da altre denominazioni confessionali, v. P. CONSORTI, *Le religioni e il virus*, ivi, 9 marzo 2020; M.L. LO GIACCO, *In Italia è in quarantena anche la libertà di culto*, cit.; M. ABU SALEM, *L’Islam italiano e le regole religiose di fronte all’emergenza del COVID-19: “L’avversità si accompagna alla buona sorte”* (Cor 94, 5-6), *OLIR*, 13 marzo 2020.

⁵⁴ Parla di intervento «[b]en comprensibile, finanche doveroso», ma che «non può passare inosservato, come un atto dovuto», A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, cit.

zio pubblico televisivo, con tutti i limiti, peraltro, riguardanti la sua effettiva apertura pluralistica)⁵⁵, prima o poi cesseranno, ma saranno in futuro probabilmente ricordate come la più significativa conferma della validità della concezione della libertà religiosa intesa come basilare diritto umano, volto a soddisfare esigenze sicuramente “essenziali” della persona, e tuttavia, per così dire, tutt’altro che “indifferibili”, e come tali da “mettere dopo” eventuali interessi concorrenti meritevoli di più “urgente” tutela.

In questo momento, la scala delle priorità, se ci si riflette, sembra dettata da una *situazione di necessità*, che condiziona pesantemente le scelte dell’autorità governativa, con margini stretti di manovra spesso “dettati” dalle autorità sanitarie sulla base di valutazioni di carattere meramente tecnico. La stessa, spesso ripetuta, sottolineatura che le misure vigenti trovano il loro fondamento nel preminente e assoluto rilievo che ha, nell’ordinamento, il *diritto alla salute* rispetto agli altri diritti umani, non sembra cogliere pienamente nel segno o, comunque sia, richiede di essere meglio precisata e circoscritta.

Intanto, come ha chiarito la Consulta, la rilevanza come bene “primario” della salute significa che esso non possa essere (totalmente) sacrificato ad altri interessi costituzionalmente tutelati, non già che lo stesso sia posto «alla sommità di un ordine gerarchico assoluto»⁵⁶. Ma soprattutto, in questo momento, il diritto alla salute rileva come diritto a prevenire un contagio capace di esporre a *grave, concreto e imminente pericolo* l’individuo e la collettività intera, differenziandosi dai casi in cui i fattori di rischio, secondo le attuali conoscenze scientifiche, pur presenti, hanno tuttavia una molto *meno significativa, più vaga e meno immediata* incidenza sulla condizione di generale benessere individuale e sociale.

Il «punto di equilibrio», ci ricorda ancora la Corte costituzionale, tra il diritto alla salute e altri interessi costituzionalmente garantiti, deve essere valutato «secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»⁵⁷. Ma il rischio più elevato e concreto (praticamente immediato) per la salute derivante dall’esposizione al virus è un peso che agisce sulla “bilancia” con forza a favore di quel bene, indiscutibilmente prezioso per ciascun individuo e per la collettività⁵⁸.

Che la libertà religiosa non possa essere invocata per far valere alcuno “stato di necessità”, di là dell’intrinseco significato religioso di alcuni atti rituali e dell’importanza che il singolo fedele attribuisca ad essi, era già cosa nota e ampiamente condivisibile⁵⁹. Non è neppure escluso che la valutazione governativa contraria ad ammettere il libero spostamento verso gli edifici di culto (risultante dalla già richiamata nota ministeriale) abbia pure tenuto conto di ragioni di opportunità pratica, volte a prevenire facili aggiramenti delle misure restrittive adottate, secondo un tipo di apprezzamento non privo di riscontro, in un contesto per certi aspetti molto simile a quello attuale, nella giurispru-

⁵⁵ Sia consentito il rinvio, sul punto, ad A. LICASTRO, *Il pluralismo in materia religiosa nel settore dei «media»*, in *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, a cura di S. Domianello, Il Mulino, Bologna, 2012, 87 ss.

⁵⁶ [Corte cost., sent. n. 85/2013](#) (punto 9 del *Cons. in dir.*).

⁵⁷ [Corte cost., sent. n. 85/2013](#) (punto 9 del *Cons. in dir.*). Da ultimo, sottolinea che la compatibilità costituzionale delle misure in esame dipende da un «giudizio di ragionevolezza [...] alla luce dei criteri di proporzionalità, adeguatezza, gradualità e differenziazione (territoriale)», G. D’AMICO, *La libertà “capovolta”*, cit., 165.

⁵⁸ Parla di «peso maggiore di questo diritto rispetto a tutti gli altri, pur fondamentali perché costituzionalmente nominati», riconducendolo alla categoria, ben nota agli ecclesiastici, dei «principi supremi», N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, cit., 32.

⁵⁹ Per un caso singolare di suggestivo (per quanto non esplicitato) accostamento tra la “cura dell’anima” e quella del “corpo”, che ha portato qualche giudice di pace, nell’ipotesi di contestazione del superamento dei limiti di velocità, ad applicare la scriminante dello «stato di necessità», assimilando, in sostanza, la condizione del ministro di culto cattolico che cerca di non arrivare “troppo tardi” al capezzale di un moribondo ed impartirgli in tempo l’estrema unzione a quella del medico che cerca di evitare la situazione di pericolo in cui versa una persona bisognosa di immediate cure, si veda la pronuncia del Giudice di Pace Foligno, 17 febbraio 2007, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2007, 888 ss., con commento di A. LICASTRO, *Pace per l’anima e danno alla persona (osservazioni a Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2007, n. 7449 e a Giudice di pace di Foligno 17 febbraio 2007)*, ivi, 876 ss., poi riformata da Trib. Perugia 6 giugno 2008, ivi, n. 3, 2009, 920 ss., dove si afferma che «non è [...] seriamente revocabile in dubbio che non possa mettersi a repentaglio la vita di ignari ed incolpevoli utenti della strada al fine di arrecare ad un moribondo un transeunte conforto morale, sebbene in un momento delicatissimo come quello del trapasso» (922).

denza della Corte costituzionale⁶⁰. La stessa realtà sociale italiana del XXI secolo, caratterizzata in maniera sempre più vistosa dal pluralismo religioso, avrà contribuito a spingere verso l'adozione di misure ugualmente valide per tutti i gruppi confessionali e di relativamente semplice applicazione (o verifica).

Nel momento in cui comincia a profilarsi l'avvio di una «fase 2», torna centrale la questione della *proporzionalità* degli interventi, da apprezzare anche in rapporto alla prevedibile *durata* dei medesimi e anche a una eventuale *differenziazione* in rapporto alla diffusione locale del contagio.

Alcuni anni or sono, in tempi non sospetti, mi espressi nel senso che la garanzia pattizia della *libertà di transito e di accesso* al Vaticano, *Sede vacante*, dei Cardinali⁶¹, cui l'Italia è impegnata a provvedere in «modo speciale», e atta, secondo la dottrina tradizionale, fra l'altro, a derogare persino alle restrizioni che altrimenti potrebbero riguardare i cittadini di Stati in guerra con l'Italia, o che avessero rotto le relazioni diplomatiche con quest'ultima, ponga a carico delle autorità italiane competenti l'onere di adottare speciali misure idonee a garantire la suddetta libertà – a condizione di non esporre però a rischio la salute e la sicurezza generale – anche in caso di provenienza «da luoghi in cui sia accertata l'esistenza di focolai di gravi malattie infettive, e rispetto ai quali siano state disposte dalle autorità sanitarie italiane misure suscettibili di limitare la stessa libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost. al fine di scongiurare o contenere il pericolo di diffusione del contagio»⁶². Impegni di questo tipo sono chiaramente improponibili nella situazione attuale, nella quale, tuttavia, si può avere l'impressione che troppo presto ci si sia adagiati nella soluzione più semplice e massimamente prudenziale.

Se in molti sono stati pronti a declamare i vantaggi del così detto *smart working*, c'è, infine, solo da augurarsi che non si apra una stagione di “*smart worshiping*”: semplicemente un ossimoro per un ateo ostinatamente saldo nelle sue convinzioni, ma certamente neanche un grande progresso per chi ha a cuore il significato del *vivere insieme* una autentica esperienza religiosa⁶³.

⁶⁰ Emblematica la vicenda riguardante il fedele pentecostale a cui il Tribunale competente aveva negato l'autorizzazione a spostarsi dal comune di residenza, dove risultava sottoposto alla misura del soggiorno obbligato, per recarsi «periodicamente e continuativamente» in altro comune, dove soltanto avrebbe potuto partecipare alle funzioni religiose della propria Confessione. La Corte costituzionale, nel pronunciarsi sulla legittimità della norma che, in materia di misure di prevenzione, consente l'autorizzazione soltanto per ragioni di salute, ha escluso ogni dubbio di contrasto con l'articolo 19 Cost. Pur dimostrandosi tutt'altro che insensibile alle ragioni del ricorrente, la Consulta lamenta l'impossibilità di assicurare idonei controlli di pubblica sicurezza «nei luoghi di culto e durante la celebrazione di cerimonie religiose», sicché l'autorizzazione determinata da ragioni religiose avrebbe comportato, non «un contemporaneo tra esigenze costituzionali da armonizzare ma semplicemente la vanificazione di una a favore dell'altra»: [Corte cost., sent. n. 309 del 2003](#).

⁶¹ Si veda l'art. 21 del Trattato lateranense (legge n. 810 del 1929).

⁶² A. LICASTRO, *I ministri di culto nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, Milano, 2005, 597 s.

⁶³ Evoca possibili «squilibri generati nell'immaginario del credente cristiano» dagli «*streaming eucaristici*», interrogandosi sulle strategie per porvi rimedio, una volta che l'emergenza sarà finita, v. R. MAIER, *Streaming eucaristici in tempo di epidemia. Una riflessione in seconda battuta*, in [OLIR](#), 29 marzo 2020.

Pasquale Costanzo
Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia
per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*

ABSTRACT: *The article describes the organic law approved in France concerning the Conseil constitutionnel's constitutional review during the coronavirus epidemic period, paying attention to the problems of constitutional legitimacy raised by the same organic law.*

SOMMARIO: 1. Qualche osservazione preliminare sui tempi del processo costituzionale italiano. – 2. ... e di quello francese. – 3. Le misure antipandemiche adottate per il *Conseil constitutionnel*. – 4. L'iter legislativo. – 5. Il controllo obbligatorio di costituzionalità. – 6. Le prime reazioni dottrinali. 7. – Qualche osservazione conclusiva.

1. *Qualche osservazione preliminare sui tempi del processo costituzionale italiano.*

Le misure che, come ampiamente riportato¹, la Corte costituzionale ha finora adottato per contenere al possibile gli effetti della pandemia riguardano diversi aspetti del rito che assiste l'esercizio delle sue attribuzioni, non solo giurisdizionali: si va dagli adempimenti dei soggetti esterni alla Corte (deposito degli atti introduttivi) alla modulazione dei tempi del giudizio (rinvio o, a seconda dei casi, snellimento della trattazione delle questioni), passando per le modalità di lavoro dei giudici (camera di consiglio, riunioni di carattere amministrativo, ecc.).

Con riguardo ai tempi del giudizio, l'intervento è stato operato specificamente sul ruolo delle udienze, nel senso che la gravità della situazione ha deposto per un rinvio a nuovo ruolo dei giudizi la cui trattazione in udienza pubblica sia calendarizzata a partire dal 7 aprile 2020, a meno che tutte le parti chiedano che la questione passi direttamente in decisione in camera di consiglio, senza discussione orale e sulla base degli atti depositati. Ciò che, fino alla data odierna, si è in effetti verificato per le "udienze pubbliche" di cui ai procedimenti introdotti dai ricorsi 60/2019 e 69/2019 (udienza del 7 aprile 2020) e dalle ordd. 166 e 196/2019 (udienza del 9 aprile 2020).

Riferendoci ora per qualche istante a "tempi normali", può notarsi come la Corte non sembri però detenere la completa disponibilità delle scansioni temporali del proprio giudizio, vuoi per quanto riguarda la fase della costituzione delle parti e dei terzi (artt. 25, 31, 32, 33 e 39 della l. n. 87 del 1953), vuoi per altri essenziali termini destinati ad indirizzare il processo verso la sua conclusione (artt. 26, 30 e 35). In un tale quadro, si accomodano, del resto, i coincidenti od ulteriori termini previsti nelle *Norme integrative*, sovente computati a ritroso sulla data che il Presidente della Corte abbia fissato per lo svolgimento dell'udienza pubblica o della camera di consiglio (artt. 3, 4, 4-bis, 4-ter, 8, 9, 11, 13, 14, 14-bis, 19, 24 e 25).

Concentrandoci, peraltro, sul solo processo dalla via incidentale, sembra di poter osservare che il sistema, pur abbastanza strutturato, evidenzia alcuni snodi che meritano una speciale attenzione. A parte, infatti, già nella fase *a qua*, della mancanza di termini espliciti per la trasmissione delle ordinanze di sollevazione (pur se una tale circostanza dovrebbe essere logicamente interpretata come obbligo di effettuazione dell'incombente senza indugio alcuno), anche nell'ambito dello stesso processo non sembrano mancare "punti morti".

Una prima considerazione è suggerita dal termine imposto alle parti e ai terzi per la costituzione in giudizio, che, peraltro, com'è noto, viene fatto decorrere dalle *Norme integrative* dalla

* Contributo della direzione privo di referaggio.

¹ V., ad es., nelle [Cronache dalla Corte 2020](#), in questa stessa [Rivista](#), e, volendo, un primo commento in P. COSTANZO, [Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0](#), [ibid.](#), [Studi 2020](#), 158. Sulla medesima problematica con riferimento al complesso della giurisdizione, v. F. DONATI, [Giustizia online al tempo del Coronavirus e dopo](#), in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#) (online).

pubblicazione dell'atto introduttivo in *Gazzetta Ufficiale*, anziché dalla notificazione dell'ordinanza di sollevazione come previsto dall'art. 25 della l. n. 87 del 1953. Orbene, tale pubblicazione viene disposta dal Presidente senza alcun vincolo temporale (ma, pure qui, la logica sembra esigere di non frapporte inutilmente tempo tra consecutivi incumbenti).

Del pari indeterminato appare, poi, il momento in cui il Presidente deve procedere alla nomina del giudice per l'istruzione e la relazione, salva l'indicazione che tale nomina sia pedissequa al definitivo assestamento dell'eventuale contraddittorio, essendo ormai decorso il già menzionato termine per costituirsi.

Ancora: se è vero che la normativa assegna al Presidente un termine (inteso, tra l'altro, come meramente ordinatorio²) per convocare il Collegio all'udienza pubblica o alla camera di consiglio, sembra tuttavia di potersi riconoscere che la precisa calendarizzazione di queste riunioni resta nella discrezionalità del Presidente, che decide tenuto conto soprattutto dell'affollamento delle cause, dei periodi dell'anno, e, particolarmente, di valutazioni di opportunità su cui qui non mette conto di soffermarsi³.

Insomma, ciò che si vorrebbe evidenziare con tali esempi è che, pur in una predeterminata trama di atti processuali scanditi da altrettanti termini, non difettano "interstizi" temporali di non irrilevante portata che portano a concepire il processo incidentale più secondo il modello atomico di Bohr che non come sosteneva la meccanica classica ... Conseguenza ultima ne è la possibilità che la decisione finale sopravvenga anche a notevole distanza dal deposito dell'atto introduttivo e comunque entro un lasso di tempo assolutamente non predeterminabile.

2. ... e di quello francese.

In una diversa collocazione si trova il *Conseil constitutionnel*, per il quale, soffermando anche qui l'attenzione solo sulla circoscritta prospettiva dei tempi del giudizio, risulta evidente l'intenzione del legislatore di governare senza residui la tempistica del processo e ciò, tra l'altro, con la finalità di contenere gli adempimenti entro termini relativamente brevi⁴.

Così, già dalla via diretta (in origine la sola, com'è noto⁵), è la stessa Costituzione d'Oltralpe a concedere al *Conseil* un termine di un mese per pronunciarsi sulla compatibilità costituzionale degli atti normativi ad esso sottoponibili: termine comprimibile addirittura ad otto giorni a richiesta del Governo se ricorrono motivi d'urgenza.

Circa i tempi a disposizione del *Conseil* per dirimere le questioni (*saisines*) pervenute dalla via incidentale (*question prioritaire*) attraverso il peculiare filtro della Corte di cassazione o del Consiglio di Stato, la Costituzione, invece, non si pronuncia, ma, da un lato, per quanto riguarda queste due alte giurisdizioni, si limita ad imporre alla legge organica almeno la fissazione di un termine certo per la trasmissione delle questioni di rispettiva competenza, e, dall'altro, per quanto riguarda, cioè, il *Conseil*, rinvia *in toto* alla medesima legge organica per le corrispondenti determinazioni.

Peraltro, l'effetto palesemente propulsivo della *ratio* del complesso delle previsioni costituzionali è percepito dal legislatore organico, che anche al giudice costituzionale assegna, per la definizione del giudizio, in una sorta di parallelismo operativo tra Corti, il medesimo termine trimestrale concesso per le *saisines* delle giurisdizioni di raccordo.

² V. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, II, 151.

³ Parimenti non risultano tempi prefissati per il deposito della decisione in Cancelleria dopo la deliberazione in camera di consiglio (a fronte dello stretto termine di due giorni prescritto *ex art.* 29 l. n. 87 del 1953 per la restituzione degli atti al giudice *a quo* una volta avvenuto il deposito).

⁴ Sulle caratteristiche generali del processo costituzionale francese, ci paiono aver conservato attualità le osservazioni formulate da chi scrive in *La "nuova" Costituzione della Francia*, Giappichelli, Torino, 2009, 474 ss.

⁵ Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 6a ed., Torino, 2019, 28 s.

3. *Le misure antipandemiche adottate per il Conseil constitutionnel.*

Il differente quadro di riferimento italiano e francese sotto la particolare ottica qui toccata spiega dunque perché le medesime esigenze emergenziali abbiano subito un diverso trattamento normativo.

Nell'ordinamento transalpino è stata infatti la legge organica n. 2020-365 del 30 marzo 2020 (*Journal Officiel* n.78 del giorno successivo) a prevedere la facoltà di derogare fino al 30 giugno 2020 ai già indicati termini trimestrali per proporre le *saisines* e per rendere le decisioni dalla via incidentale.

Ora, al di là di un prevalente consenso circa l'opportunità, se non necessità, di una simile iniziativa del legislatore organico⁶, non sono però mancate critiche sia sul merito, sia sulle modalità dell'intervento, rinfocolate dal fatto che lo stesso *Conseil* - al quale, com'è noto, le leggi organiche sono sottoposte per il vaglio di costituzionalità in via obbligatoria prima della promulgazione -, ha fatto mostra di comportarsi (lo si dice con il dovuto rispetto) come il classico pesce in barile (decisione [n. 2020-799 DC del 26 marzo 2020](#)).

In estrema sintesi, ma appresso vedremo qualche significativo dettaglio, in una comparazione tra la situazione della giustizia costituzionale venutasi a determinare in Italia per effetto delle misure anti pandemiche (adottate non a caso dalla stessa Consulta) e quella francese (dove è stato protagonista il potere politico), non sembrerebbero difettare le condizioni per configurare le prime come tendenti a far funzionare comunque il controllo di costituzionalità e, invece, le seconde quantomeno a ritardarlo o a renderlo addirittura vano.

4. *L'iter legislativo.*

Ma veniamo all'iter di confezionamento di quella che sarebbe divenuta la legge organica in questione.

Il [progetto d'urgenza di origine governativa, recato dal decreto primoministeriale del 18 marzo 2020](#), è stato presentato al Senato, dopo un incontro del Primo ministro con i gruppi politici di entrambi i rami del Parlamento, dandosi atto dell'avvenuta deliberazione del Consiglio dei Ministri e dell'acquisizione del parere del Consiglio di Stato⁷. La motivazione allegata fa riferimento agli ostacoli che l'epidemia in corso frappone alla possibilità che tutti gli organi considerati possano tenere riunioni collegiali e rispettare quindi il prescritto termine trimestrale, che comporterebbe la conseguenza, prevista per l'ordinario, dell'esclusione delle supreme magistrature dalla procedura a favore dell'assegnazione d'ufficio delle questioni al *Conseil*.

Di qui la preliminare considerazione per cui il legislatore organico, facendo evidente riferimento alle riunioni collegiali in presenza⁸, pare aver ignorato l'ipotesi di riunioni telematiche (soluzione invece messa in campo dalla nostra Corte costituzionale) idonee a conservare le normali scansioni della procedura⁹.

⁶ Esemplare la [porte étroite](#) (di cui dà conto lo stesso sito del *Conseil*) proposta al *Conseil* da D. MAUS, che nella sostanza glissa sulla questione riconoscendo che “*sur le fond cette loi répond à une nécessité évidente, dont personne peut nier ni l'utilité ni l'urgence*”.

⁷ [Parere](#) privo di rilievi, reso il 17 marzo 2020. Peraltro, nel parere del 18 marzo successivo, sulla legislazione ordinaria introdotta per fronteggiare l'epidemia contestualmente alla legge organica in questione, il Consiglio di Stato ampiamente articola il suo giudizio sulle esigenze derivanti dal complessivo quadro emergenziale.

⁸ Si coglie lo spunto per ricordare anche la prassi recente inaugurata al *Conseil* di riunioni “pellegrine” nel territorio francese: v. *Pau et Lyon, deux nouvelles destinations des audiences «hors les murs» du Conseil constitutionnel*, in [Titre VII](#), n. 4, aprile 2020.

⁹ Risulta, per vero, che un suggerimento in tal senso sia stato formulato durante i brevi lavori preparatori (senatore Jean-Yves Leconte), ma sostanzialmente emarginato dal relatore (senatore Philippe Bas).

La seconda notazione riguarda specificamente il trattamento omogeneo di termini di non identica portata normativa: infatti, mentre per la Cassazione ed il Consiglio di Stato, il loro superamento comporta in certo modo una qualche sanzione (*dessaisissement*), così non è per il *Conseil*, per il quale anzi il termine trimestrale viene sovente corredato dall'espressione *en principe* per alludere – si ritiene – al suo valore più teorico che pratico¹⁰.

Un terzo rilievo riguarda l'apposizione di un termine certo alla sospensione della disciplina riguardata che potrebbe rivelarsi (è nelle speranze) eccedente rispetto all'evoluzione della pandemia o al contrario insufficiente, richiedendo una seconda volta la messa in campo del complesso procedimento di produzione della legislazione organica sia pure secondo la procedura di urgenza costituzionalmente prevista¹¹.

Il progetto ha proseguito il suo *iter* al Senato senza intoppi di rilievo, venendo approvato il successivo 19 marzo a larga maggioranza (con l'astensione delle sinistre) in coda al progetto di legge ordinario nel giro di poche battute e con le preoccupazioni espresse unicamente da un solo senatore, che intravedeva nel progetto il rischio di un annichilimento dello stesso controllo di costituzionalità¹².

Trasmesso immediatamente all'Assemblea Nazionale, il progetto approvato dal Senato è stato rimesso all'esame del competente organismo referente il giorno appresso, 20 marzo, venendo definitivamente licenziato dall'aula il 21. La relazione di Commissione si segnala, dunque, nel far risaltare la *ratio* della disciplina come intesa ad “*éviter l'engorgement du conseil constitutionnel*”, in ciò pure richiamando una precisazione già formulata dal relatore del Senato che aveva “rivelato” la più generale origine del meccanismo di deroga/proroga, come quello auspicato dallo stesso *Conseil* onde evitare, venuto meno il filtro delle due alte giurisdizioni, di essere investito di un numero eccessivo di questioni per cui non si sentiva attrezzato. Il *plenum*, pur nella consueta accelerazione dei tempi in un'ora per di più tarda della giornata, ha dato vita ad uno scambio di battute di estremo interesse tra chi (nella maggioranza) rivendicava il buon fondamento della disciplina in approvazione, da inserirsi (qualche volta, per vero, a malincuore) nel generale clima emergenziale e chi (talune opposizioni) denunciavano l'effetto più o meno intenzionale di liberarsi provvisoriamente dell'intoppo del controllo di costituzionalità proprio quando: “...*le contrôle de constitutionnalité peut attendre pour de très nombreuses lois, mais pas pour celle que nous venons de voter car, pour nous-mêmes, pour la République et pour le respect des principes généraux du*

¹⁰ Ne prendono all'evidenza atto sia lo studio d'impatto che accompagna l'iniziativa legislativa del Governo, che riserva solo ai primi due termini la qualificazione di *délais impératifs*, sia il *Rapport sur le projet de loi organique, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* (n° 2763), n° 2765, che riserva al termine attribuito al *Conseil* la qualificazione di *indicatif*, proprio perché non assistito da alcuna sanzione.

¹¹ Risulta per vero che nello studio d'impatto sia stata prospettata l'alternativa dell'introduzione di una “*disposition pérenne permettant de suspendre, en cas de circonstances exceptionnelles*”.. L'opzione è stata tuttavia esplicitamente scartata in modo perentorio, anche se può pensarsi a causa della delicatezza delle soluzioni prospettabili particolarmente circa il soggetto abilitato ad apprezzare il ricorrere di tali circostanze eccezionali.

¹² Ancora il predetto Jean-Yves Leconte, che ritorna, tra l'altro, sul possibile ricorso alla teleconferenza. A dispetto dell'indifferenza generale dei colleghi al problema, ci piace riportarne qui in *extenso* le affermazioni:

“*Nous voyons, aujourd'hui, que nos votes emportent des mesures totalement dérogatoires. Nous l'avons fait parce que les circonstances l'exigent. Mais nous ne pouvons accepter d'exclure tout contrôle de constitutionnalité, alors que nous savons, en plus, que le contrôle de légalité sur un certain nombre de dispositifs sera particulièrement allégé, compte tenu des conditions dans lesquelles tout cela se déroulera dans les prochains mois.*

Par conséquent, voter un dispositif qui empêcherait ou limiterait la capacité des QPC de remonter jusqu'au Conseil constitutionnel au cours de ces prochains mois est particulièrement inquiétant.

Je comprends les contraintes ; mais ce sont finalement celles que tous les Français connaissent. On envoie l'ensemble de la France dans le monde du télétravail, on prévoit des téléconférences. Pourquoi ne pourrait-on pas faire de même pour ce qui concerne la Cour de cassation ou le Conseil d'État ?

Qu'il faille quelques aménagements sur le contrôle de constitutionnalité, on peut le comprendre. Mais pas à ce niveau-là et à ce prix-là : ce n'est pas utile.

C'est la raison pour laquelle je voterai contre le projet de loi organique”.

droit, il serait bon qu'un citoyen puisse demander au Conseil constitutionnel si rien n'est réellement attentatoire à nos droits fondamentaux"¹³.

5. Il controllo obbligatorio di costituzionalità.

Il 23 marzo il progetto di legge organica ormai perfetto è stato presentato dal Primo Ministro al *Conseil constitutionnel* per il controllo di costituzionalità che deve obbligatoriamente effettuarsi su tutte le leggi organiche.

Un deputato in fine di seduta, il giorno 21 precedente, ha esclamato: *“Il est également paradoxal de voir le Conseil constitutionnel être saisi de droit, puisque la Constitution le prévoit, d'un projet de loi organique qui le concerne directement. Je ne sais comment lui-même se sortira de cette situation, mais il est heureux qu'il puisse se saisir de cette question embarrassante*¹⁴ ».

Per la verità, il *Conseil* riuscirà ad uscirne, anche se forse un po' ammaccato, con la decisione già richiamata [n. 2020-799 DC del 26 successivo](#). Nel dispositivo il *Conseil*, da un lato, sembra minimizzare la portata della disciplina esaminata (insomma, *cette loi organique se borne à suspendre* il decorso di certi termini); e, dall'altro, però pare farsi carico di preoccupazioni già espresse (la legge *“ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période”*).

Anche la *ratio* legislativa non solleva obiezioni, poiché si tratta di *“faire face aux conséquences de l'épidémie du virus covid-19 sur le fonctionnement des juridictions”*.

Sembra, peraltro, per questa via cogliersi un'altra rilevante differenza tra Italia e Francia: si tratta qui prevalentemente di contenere gli effetti pandemici sull'esercizio di determinate funzioni giurisdizionali, là di evitare che un siffatto esercizio moltiplichi gli effetti pandemici.

Tuttavia, il *punctum crucis* della decisione che occasiona il *crucifige* di parte della dottrina non sta né nel dispositivo, né nella parte motiva, bensì nelle premesse, là dove si afferma con un pizzico di disinvoltura che *“Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution”*. Che è quanto riconoscere che una rottura delle regole costituzionali sul procedimento legislativo organico si è consumata, ma che essa è coperta dalla particolarità delle circostanze concrete¹⁵. L'allusione del *Conseil* è dunque al fatto che non è stato rispettato il periodo di riflessione di quindici giorni, che, anche nell'ambito di una procedura d'urgenza, deve intercorrere tra il deposito del progetto e la sua presa in considerazione da parte del primo ramo del Parlamento (come si è esposto, il periodo trascorso è stato di un giorno soltanto).

6. Le prime reazioni dottrinali.

Impossibile, del resto, avversare seriamente, data la perspicua precettività del disposto costituzionale di cui all'art. 46, comma 2, ultima frase¹⁶, e la trasparenza dei fatti occorsi, la tesi dell'avvenuta violazione della Costituzione. Particolarmente, in un sistema come quello francese,

¹³ In <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2019-2020/20200187.asp#P2066598>.

¹⁴ *Loc. ult. cit.*

¹⁵ Sul significato dell'espressione *“circonstances particulières de l'espèce”* utilizzata dal *Conseil* e sulla sua rilevata intenzione di non costituire un precedente, si rinvia alla ricca analisi di V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020*, in [La Revue des droits de l'homme](#) [online], 20 aprile 2020.

¹⁶ Inquadra la disposizione costituzionale tra quelle *“rares dispositions d'une limpidité de nature à exclure toute interprétation contraire à leur lettre même”*, recate dalla Costituzione del 1958, P. CASSIA, *Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution*, in [Mediapart](#) di giovedì 16 aprile 2020.

che ha elevato regole procedurali anche di dettaglio al livello costituzionale¹⁷, a differenza della Costituzione italiana, dove di tali regole v'è molta parsimonia, preferendosi rinviare in proposito ai regolamenti parlamentari, e dove, per sovrapprezzo, la Consulta ha fatto rientrare nell'autonomia delle Camere non solo la gestione di questi ultimi, ma anche, talvolta, l'interpretazione delle disposizioni della Costituzione che provvedono direttamente a disciplinare il funzionamento delle aule parlamentari.

Più controverso sembrerebbe potersi accreditare con certezza un'incostituzionalità radicale dei disposti materiali della legge organica sia in sé, sia nelle loro conseguenze¹⁸.

In sé: non tanto perché il termine richiesto dall'art. 61-1 della Costituzione non risulta all'evidenza soppresso¹⁹, quanto invece perché l'apposizione del termine finale di efficacia della sospensione al 30 giugno 2020, non dà luogo ad un'indeterminatezza nel decidere tale da mettere a repentaglio la tutela dei diritti. Occorre, peraltro, riconoscere come il lessico si riveli nella specie fuorviante²⁰, trattandosi più precisamente della sospensione dell'efficacia di un termine finale e non dello svolgimento di una funzione, tanto da potersi dire trattarsi più propriamente di una proroga del lasso di tempo concesso per svolgere la medesima funzione (ciò che, come visto, è tenuto ben presente nella parte motiva della decisione).

Nelle conseguenze: perché l'eventuale tardività della tutela che ne potrebbe derivare non può dirsi conseguenza ineluttabile della sospensione²¹, ma solo della concreta gestione che le supreme magistrature e lo stesso *Conseil constitutionnel* riterranno di farne, magari anche rivendicando, quest'ultimo, alla sua sfera regolamentare, l'adozione delle già dibattute misure telematiche di trattazione delle questioni (al momento si ha solo notizia dell'allestimento di una adeguata sala delle udienze)²², e percorrendo, le altre, la via, già in certa misura tracciata dal legislatore²³, per adeguare le procedure giudiziarie all'emergenza²⁴.

Questione ancora diversa (del tutto franco-francese, parendo da noi fortunatamente la situazione di gran lunga migliore) sembra quella adombrata da qualche commentatore circa la tenuta del *Conseil* di fronte alle pressioni della politica, così da far concludere che: "*penser que le Conseil constitutionnel, dont l'histoire des rapports avec le pouvoir exécutif est loin d'être simple, puisse en période exceptionnelle être un contrepoids significatif à ce dernier, exigerait de profonds changements*"²⁵.

Ma paiono soprattutto i vizi formali della legge organica ad avere prodotto un forte disappunto tra primi commentatori d'Oltralpe, unitamente allo strappo operato dallo stesso *Conseil* perché

¹⁷ Cfr., sul punto l'approfondita indagine di P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo. Le esperienze italiana e francese a confronto*, Torino, 2002.

¹⁸ Non irresistibile tuttavia pare la censura per cui il rinvio dell'art. 61-1 della Costituzione francese ad una legge organica vada inteso come ad una legge organica unica (così nella [porte étroite](#) proposta al *Conseil* da P CASSIA).

¹⁹ È questa la tesi di M. CARPENTIER, *L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel ?* in [JP BLOG](#), 4 aprile 2020.

²⁰ V., sul punto, anche A. LEVADE, *QPC en suspens sanitaire*, in [Le Club des Jurists](#), 15 aprile 2020.

²¹ Come sembrerebbe presupporre sempre P. CASSIA, [loc. ult. cit.](#)

²² In https://twitter.com/N_Hervieu/status/1250364189945847808?s=09.

²³ Per la normativa di varia origine introdotta nell'ordinamento francese per adeguare i riti processuali alla pandemia, in applicazione dell'art. 11 della legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020, v. le ordinanze del 25 marzo 2020, nn. 2020-303, *portant adaptation de règles de procédure pénale*; 2020-304, *portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de copropriété*; 2020-305, *portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif*; e 2020-306, *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période*. In ambito giudiziario amministrativo, rileva la pronuncia (ordinanza) del 10 aprile del Consiglio di Stato, come *juge des référés* con cui in via d'urgenza sono stati respinti i ricorsi di alcuni organismi delle professioni forensi tesi ad ottenere la sospensione di talune delle normative sovra citate (*jugements* nn. 439903, 439883, 439892).

²⁴ Si ricordi quanto già osservato circa la disponibilità dei tempi di decisione che la Corte costituzionale italiana detiene, che dunque a rigore dovrebbe far sempre temere per la tutela dei diritti derivante da tracceggiamenti ingiustificati nel decidere: se non che, talvolta, la circostanza può giocare al contrario come nel notissimo caso Cappato (considerazioni ficcanti al proposito in 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](#), 571)

²⁵ Così V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit.

avrebbe rinunciato a trarne le debite conseguenze²⁶, arrivandosi persino (non sembrerebbe però da parte di giuristi in senso stretto) a ragionare di *décision proprement indigne*²⁷, ad ammonire che la Costituzione non è un *pacte suicide*²⁸, e a denunciare l'instaurazione di una dittatura (*petit coup en douce*)²⁹.

Singolarmente, tuttavia, preoccupazioni del genere non paiono essere affiorate durante i lavori preparatori della legge organica, neppure tra i pochi diretti oppositori che pure avrebbero potuto segnalare la distorsione delle scansioni parlamentari e buttare così luce sulla questione prima (e in vista) dell'intervento del *Conseil constitutionnel*.

7. Qualche osservazione conclusiva.

Se, dunque, sembra, per solito, buona cosa non arrampicarsi sugli specchi per difendere una causa non difendibile (guardiamo qui ovviamente ai soli vizi formali) e preso quindi atto di come attualmente viga nell'ordinamento francese una legge, addirittura di rango organico, che esibisce una qualche invalidità, si potrebbe forse comunque speculare sulla natura acclaratamente temporanea della disciplina per ricavarne una sorta di costituzionalità provvisoria nel bilanciamento con la tutela di beni essenziali della persona, anch'essi di rango costituzionale, pur se sarebbe un singolare caso di bilanciamento (provvisorio) tra valori non della stessa natura perché l'uno sostanziale e l'altro formale.

Oppure ancor più direttamente stimare che debordi dalla *ratio* della previsione costituzionale lasciare in *stand-by* per quindici giorni una normativa intesa a fronteggiare l'emergenza, anche se sarebbe forte il valore manipolativo del sistema delle fonti che ne deriverebbe.

O ancora più semplicemente ritenere che l'incostituzionalità, benché conoscibile, non abbia (ancora) trovato la strada della sua giustiziabilità a causa, in primo luogo, della *saisine blanche* proposta al *Conseil* e, in secondo luogo, del *self-restraint* dello stesso *Conseil*, anch'esso irrimediabile, soprattutto in un contesto in cui il giudice costituzionale può rivelarsi un po' meno giudice del desiderabile (con occhi nostrani); salva ovviamente la possibilità che, sollecitato dalla via incidentale, il *Conseil* venga, questa volta, impegnato quanto meno a dare una risposta.

Forse potrebbe essere quest'ultimo lo scenario più plausibile, tanto più che quando ciò potrà accadere la normativa avrà probabilmente (ed augurabilmente sotto un aspetto più generale) perduto la sua efficacia e gli effetti prodotti saranno passati irreversibilmente nell'archivio della storia.

²⁶ Esemplamente, J.-É. GICQUEL, *La loi organique Covid-19 et l'irrespect non sanctionné de la Constitution*, in *La Gazette du Palais*, 7 avril 2020, 3; S. BENZINA, *La curieuse suspension des délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité*, in *JP BLOG*, 3 aprile 2020. Delle posizioni più aspramente critiche di P. CASSIA, dà conto anche J.-B. JACQUIN, *Coronavirus: L'état d'urgence sanitaire ouvre des brèches dans l'Etat de droit*, in *Le Monde* (online) del 28 marzo 2020.

²⁷ Editoriale in <https://academia.hypotheses.org/>: *La loi organique d'urgence, le Conseil constitutionnel et la continuité pédagogique*, 3 aprile 2020.

²⁸ Editoriale in <https://actu.dalloz-etudiant.fr/> 6 aprile 2020: *Un nouveau repli du Conseil constitutionnel dans son rôle de contrepoids*.

²⁹ Editoriale *Le Conseil constitutionnel met en place les moyens de la dictature*, in *Egalite & Reconciliation*. V. anche J. BOURGEOIS, *Crise sanitaire, crise des libertés...*, in *Les Avocats*, 8 aprile 2020.

Patrizia Magarò
La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del COVID-19
(uno sguardo d'insieme)*

ABSTRACT: *The paper describes the impact of the coronavirus outbreak on the American judicial system, focusing on the U.S. Supreme Court and the measures adopted in order not to stop its work.*

SOMMARIO: 1. Cenni al quadro istituzionale. – 2. Il lavoro delle Corti federali. – 3. L'attitudine della Corte Suprema. – 4. Il nuovo palco tecnologico per gli *U.S. Supreme Court Justices*.

1. Di fronte al dilagare del contagio da Covid-19, il 13 marzo 2020, il Presidente degli Stati Uniti d'America Donald Trump ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale, sulla base di quanto stabilito dal *National Emergencies Act* del 1976 e dallo *Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act* del 1988.

Tale decisione ha rappresentato una svolta radicale nella strategia reattiva del Governo federale alla pandemia, ritenuta dapprima un problema di salute pubblica alla cui soluzione avrebbero dovuto far fronte essenzialmente gli Stati membri (cui spettano le competenze in materia sanitaria e di gestione dell'emergenza).

La nuova linea interventista di Washington si è espressa anzitutto sul piano economico, con l'avvio dello stanziamento di fondi a sostegno delle amministrazioni statali e locali, di agenzie e programmi federali. Per quanto concerne il coordinamento dell'azione della Federazione con quella degli Stati membri, l'Esecutivo ha adottato, il 16 marzo delle succinte linee guida¹, cui ha fatto seguito, il mese successivo, un più articolato documento² d'indirizzo, sui criteri di allentamento delle restrizioni (che sembra fortunatamente allontanare il pericolo del serio conflitto di competenze che si sarebbe creato qualora il Presidente avesse insistito nella minaccia di imporre agli Stati una sua – non meglio specificata – “*total authority*”³ nella gestione della crisi sanitaria).

Quasi tutti i *member States* hanno dichiarato l'emergenza sanitaria pubblica, con la conseguente chiusura delle scuole, il divieto di assembramenti nei luoghi pubblici, la sospensione di eventi di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, assumendo quindi *lockdown* e *stay-at-home orders*.

Le Assemblee legislative statali⁴ hanno in gran maggioranza sospeso le proprie *legislative sessions* (*sine die* o stabilendo una data per la ripresa dei lavori) ovvero hanno assunto misure di distanziamento per consentire il voto “in presenza”, svolto le sedute in luoghi diversi da quelli istituzionali e sperimentato anche forme di partecipazione da remoto, mediante sistemi di video e teleconferenza.

Il dibattito a tale ultimo riguardo sembra progressivamente intensificarsi, di fronte al perdurare della crisi sanitaria e alla necessità di assicurare continuità nell'esercizio della funzione legislativa e di controllo da parte delle *Legislatures* (un problema, a ben vedere, di particolare rilevanza in quegli Stati la cui Costituzione o legislazione richiede la presenza “fisica” dei parlamentari in luoghi “aperti al pubblico”, in un edificio della capitale).

Per quanto invece concerne il potere giudiziario, più dei due terzi degli Stati ha sospeso alcuni processi, ha limitato o escluso lo svolgimento di quelli con giuria, ha posto restrizioni all'ingresso

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Si veda il documento [The President's Coronavirus Guidelines for America](#), 16 marzo 2020.

² Cfr. le [Guidelines for Opening Up America Again](#), del 16 aprile 2020, “*a three-phased approach based on the advice of public health experts*”.

³ Cfr. P. BAKER, M. HABERMAN, [Trump Leaps to Call Shots on Reopening Nation, Setting Up Standoff With Governors](#), in *The New York Times*, 13 aprile 2020. Si veda anche N. K. KATYAL, [It's the Worst Possible Time for Trump to Make False Claims of Authority](#), in *The New York Times*, 14 aprile 2020.

⁴ Si veda al riguardo il monitoraggio su [“Legislative Sessions and the Coronavirus”](#), condotto dalla *National Conference of State Legislatures*, l'organismo di coordinamento delle Assemblee legislative statali, creato nel 1975.

nelle aule dei tribunali, prorogato i termini amministrativi e processuali, incoraggiato o richiesto di svolgere *hearings* attraverso video o teleconferenze.

Per quanto invece riguarda il livello federale, il Congresso ha dato prova di ben minore reattività e non sembra profilarsi a breve la possibilità di sperimentare soluzioni di voto remoto o a distanza.

Dopo la dichiarazione di emergenza nazionale, il Congresso si è riunito, il 18 marzo, per approvare, con ampio consenso, il *Families First Coronavirus Response Act* e, il 27 marzo, per deliberare sul *Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act*⁵, ricorrendo a misure di distanziamento e procedendo a un *voice vote* (un voto orale che impedisce l'individuazione del singolo parlamentare) in luogo dell'appello nominale.

È però vero che la proposta d'introdurre il *remote voting*⁶ ha coagulato un crescente consenso *bipartisan* e incrinato le forti resistenze della *Speaker* della Camera dei Rappresentanti a prendere in esame una simile ipotesi (che dovrebbe tradursi in una modifica regolamentare o nell'adozione di un'apposita legge), in considerazione di “*serious constitutional, technological and security concerns*”.

Il *CARES Act* appena menzionato ha introdotto norme di particolare rilievo in riferimento alla giurisdizione federale, alcune delle quali di natura finanziaria. Viene assegnato uno stanziamento di 500.000 dollari alla Corte Suprema e di 1.600.000 dollari a *Courts of Appeal, District Courts* e ad altri servizi giudiziari, al fine di “*prevent, prepare for, and respond to coronavirus, domestically or internationally*”.

2. Il lavoro delle Corti federali.

L'aspetto di maggior interesse riguarda la possibilità che le Corti federali, nel periodo di emergenza e fino a trenta giorni dopo il suo termine, ricorrano a video e teleconferenze nel corso di procedimenti penali – nei limiti e alle condizioni dettate dalla legge – qualora la *Judicial Conference* (l'organo di autogoverno dei giudici federali, presieduto dal *Chief Justice* della Corte Suprema) ritenga che la situazione epidemiologica legata alla diffusione del coronavirus “*materially affect the functioning of either the Federal courts generally or a particular district court of the United States*”.

Il 29 marzo 2020, il Comitato esecutivo della *Judicial Conference* si è quindi riunito a distanza e ha consentito (deliberando in via d'urgenza, per conto della Conferenza) ai presidenti delle Corti distrettuali di autorizzare, durante l'emergenza nazionale, il ricorso a video e teleconferenze in alcuni procedimenti penali e solo quello a teleconferenze per i procedimenti civili. I giudici possono altresì permettere l'utilizzo del sistema di teleconferenza per l'accesso del pubblico e dei media⁷.

I finanziamenti stabiliti dal *CARES Act* potranno esser impiegati proprio per sostenere economicamente gli investimenti tecnologici necessari, dovendosi peraltro ricordare che le Corti del circuito federale si erano comunque già prontamente attivate per svolgere alcune attività in modalità a distanza (utilizzando sistemi quali *AT&T Conferencing, CourtCall, Skype for Business, Cisco Jabber* e *Zoom*), nell'intento di “*protect judges, employees, litigants, and the public, while also upholding [...] constitutional responsibilities*” e con l'obiettivo di “*maintain stability in a time of instability*”⁸.

Le Corti federali, in coordinamento con le autorità sanitarie statali e locali per ottenere aggiornamenti sulla diffusione del contagio da COVID-19, hanno finora adottato numerosi *orders*

⁵ Oltre al [Families First Coronavirus Response Act](#) e il [Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security \(CARES\) Act](#), il Congresso aveva già approvato, il 6 marzo, il [Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act](#).

⁶ Cfr. S. GAY STOLBERG, [Sideline by Coronavirus, Congressional Leaders Face Pressure to Vote Remotely](#), in *The New York Times*, 14 aprile 2020.

⁷ Si veda il comunicato delle *United States Courts*, [Judiciary Authorizes Video/Audio Access During COVID-19 Pandemic](#), pubblicato il 31 marzo 2020.

⁸ Cfr. *United State Courts, Judiciary News*, [Courts Deliver Justice Virtually Amid Coronavirus Outbreak](#), 8 aprile 2020.

relativamente alla sicurezza del personale e del pubblico e allo svolgimento dei procedimenti in modalità a distanza⁹.

3. *L'attitudine della Corte Suprema.*

Assai meno proattivo è invece apparso (inizialmente) l'atteggiamento della Corte Suprema, la quale – prima della dichiarazione federale dell'emergenza nazionale – si era limitata a pubblicare, il 12 marzo, un brevissimo comunicato sul proprio sito web, annunciando la chiusura dell'edificio al pubblico, per motivi sanitari e di sicurezza, senza accennare ad eventuali modifiche al proprio calendario, né indicare il ricorso a soluzioni tecnologiche finalizzate ad assicurare continuità ai suoi lavori.

A quest'ultimo riguardo, appare utile ricordare che in ciascun *Term* annuale – il quale inizia ad ottobre e si conclude a settembre dell'anno successivo – la Corte programma le diverse attività da svolgere (*arguments days, non-argument sessions, conference days*).

Per marzo e aprile 2020 erano previsti, rispettivamente, otto e sette giorni di udienze e tre sessioni ciascun mese di *private conference*, al venerdì (nelle quali in genere vengono discussi i casi trattati nel corso della settimana)¹⁰.

La stagione primaverile è quella in cui comincia ad accumularsi un significativo carico di lavoro per i nove giudici, i quali sono impegnati a redigere le *opinions* relative ai *cases* già discussi nelle sessioni precedenti, a esaminare i ricorsi, a svolgere gli *oral hearings* dei nuovi casi già iscritti al ruolo, per poi procedere, come da consolidata prassi, entro la fine di giugno, nella definizione dei *pending cases* (in modo da dedicare i successivi mesi all'istruzione dei casi da affrontare nel nuovo *Term*, a partire da ottobre).

Il 16 marzo, in ragione dell'aggravarsi della situazione epidemica e dovendosi attenere alle precauzioni sanitarie raccomandate, la Corte ha comunicato la decisione di rinviare le udienze fissate nella sessione di marzo e valutato l'eventuale ricalendarizzazione dei *cases*.

La chiusura dell'edificio al pubblico (che rimane però aperto per gli “*official business*”) ha poi sollecitato la Corte ad adottare, il 19 marzo, un'ordinanza¹¹ di proroga dei termini relativi alla presentazione di una *petition for a writ of certiorari*, per poi modificare il mese successivo, in un *order*¹² del 15 aprile, le procedure di deposito degli atti processuali, i quali – fino a nuova decisione – dovranno essere inoltrati esclusivamente mediante l'*electronic filing system*.

Tale ultima decisione non rappresenta, a ben vedere, un'assoluta novità, imputabile alla situazione emergenziale, poiché la Corte Suprema aveva già previsto nel 2017¹³ la trasmissione degli atti in modalità telematica, la quale deve sempre obbligatoriamente accompagnare il deposito “ufficiale” del fascicolo cartaceo.

Il 3 aprile, in un nuovo comunicato¹⁴, la Corte ha reso nota la decisione di rinviare anche le udienze programmate per il mese, le quali (insieme a quelle di marzo) verranno riprogrammate e svolte entro la fine del corrente *Term*, “*if circumstances permit in light of public health and safety guidance at*

⁹ Per un aggiornamento in tempo reale circa le iniziative assunte dalla *Supreme Court*, dalle *U.S. Courts of Appeals*, dalle *U.S. District Courts*, dalle *U.S. Bankruptcy Courts* e dalle *Courts of Special Jurisdiction*, si faccia riferimento a quanto pubblicato all'indirizzo <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-website-links/court-orders-and-updates-during-covid19-pandemic>.

¹⁰ Il *Supreme Court Calendar* relativo all'*October Term 2019* è reperibile all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/2019TermCourtCalendar.pdf.

¹¹ Il testo dell'*order* del 19 marzo è accessibile all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/031920zr_d1o3.pdf.

¹² L'ordinanza è reperibile all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/041520zr_g204.pdf.

¹³ Sull'*Electronic Filing system* in generale e per le *Guidelines for the Submission of Documents to the Supreme Court's Electronic Filing System* (aggiornate al novembre 2017), si faccia riferimento a quanto pubblicato sul sito web della Corte Suprema, all'indirizzo <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/electronicfiling.aspx>.

¹⁴ Il testo del comunicato stampa è accessibile all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_04-03-20.

that time” (anticipando di valutare eventuali alternative, qualora non sia possibile svolgere le sessioni di *oral arguments* nella *Courtroom*).

Nel frattempo i giudici hanno continuato a lavorare alla redazione delle *opinions*, a definire i ricorsi – senza però sedere in aula per annunciare le decisioni, ma pubblicando le sentenze e gli *Order Lists* sul sito web istituzionale – e a riunirsi in *private conference*, con la partecipazione di qualche giudice tramite collegamento telefonico (e quelli fisicamente presenti – come ha comunicato il portavoce della Corte¹⁵, senza però render noto i nomi – hanno rinunciato alla “*tradition of shaking hands*”).

Il fatto poi che la Corte abbia voluto render pubblicamente noto¹⁶ che i suoi membri sono tutti “sani” e che seguono le raccomandazioni per prevenire il contagio può meglio comprendersi ricordando che alcuni *associated justices* rientrano nella fascia demografica più a rischio di gravi complicazioni legate all’infezione da coronavirus (e la più anziana fra essi, la giudice Ruth Bader Ginsburg è stata soggetta nel recente passato a gravi problemi di salute).

Neppure la decisione di rinviare le *argument sessions* a causa di un’emergenza di sanità pubblica costituisce, in fondo, un precedente inedito, in quanto (come ha ricordato la stessa Corte Suprema), ciò si è verificato nel 1793 e 1798, in conseguenza dell’epidemia di febbre gialla e nel 1918, all’epoca della pandemia di “influenza spagnola”. Nel 2001, i giudici hanno tenuto le udienze, per una settimana, presso la sede della Corte distrettuale e di appello del *District of Columbia* (a causa della contaminazione da antrace di un ufficio del Palazzo della Corte Suprema). Più di recente, analoga situazione si è riprodotta nel 2012, solo per pochi giorni, a causa dell’uragano Sandy.

4. *Il nuovo palco tecnologico per gli U.S. Supreme Court Justices.*

La vera novità – destinata per alcuni a segnare una svolta epocale nella storia della massima giurisdizione federale – è giunta con il comunicato stampa del 13 aprile 2020¹⁷, in cui i giudici hanno annunciato la decisione di procedere nel mese di maggio – dal 4 al 6 e dall’11 al 13 – allo svolgimento delle udienze relative ad alcuni casi selezionati, fra quelli che erano stati rinviati, ricorrendo al sistema della *telephone conference* (riprogrammando i restanti nel successivo *Term*, a partire da ottobre)¹⁸.

I giudici e gli avvocati parteciperanno ai lavori da remoto e verrà trasmesso in diretta l’audio della seduta, rendendolo accessibile ai media.

Analogamente a quanto si è osservato in riferimento all’attivismo delle altre corti federali, le quali hanno deciso senza esitazione di sperimentare le potenzialità offerte dalla tecnologia per assicurare continuità all’esercizio delle loro attività essenziali, così anche la Corte Suprema pare voler cogliere un’opportunità unica di esplorare nuove modalità di svolgimento delle udienze.

I dettagli saranno resi noti solo nell’approssimarsi delle sessioni, ma sembra potersi sin d’ora presumere che la teleconferenza consisterà nella sola trasmissione audio, resa disponibile però – ad avviso di molti¹⁹ – non solo ai *news media* ma anche al pubblico.

Tale interpretazione terrebbe conto della tradizionale contrarietà della Corte a consentire riprese video e ad ammettere eccezioni sono relativamente alle registrazioni audio, le quali sono disponibili

¹⁵ Cfr. M. COYLE, [Supreme Court’s ‘Conference Handshake’, a 19th Century Tradition, Takes a Pause](#), in *The National Law Journal*, 20 marzo 2020.

¹⁶ Cfr. Z. HALASCHAK, [Supreme Court says all justices are ‘healthy’](#), in *Washington Examiner*, 20 marzo 2020.

¹⁷ Il testo del comunicato stampa del 13 aprile 2020 è accessibile all’indirizzo https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_04-13-20.

¹⁸ Per più complete informazioni sul potenziale impatto del virus sui lavori della *Supreme Court*, si faccia riferimento alla [Guidance Concerning Clerk’s Office Operations](#), pubblicata il 17 aprile 2020.

¹⁹ Si veda in tal senso A. HOWE, [Court sets cases for May telephone arguments, will make live audio available](#), in *SCOTUSblog*, 13 aprile 2020, <https://www.scotusblog.com/2020/04/court-sets-cases-for-may-telephone-arguments-will-make-live-audio-available/>.

sul sito web istituzionale ma solo raramente lo stesso giorno in cui si è svolta l'udienza, venendo in genere rese accessibili alla fine della settimana²⁰.

L'autentica novità sarebbe dunque rappresentata dalla possibilità di seguire "in diretta" i lavori della Corte, attraverso uno *streaming* accessibile a un pubblico assai più vasto di quello (fisicamente) costituito da coloro che, dopo lunghissime code ed attese, riescono ad ottenere un *ticket* di ingresso alla *Courtroom* (un sala sempre affollatissima, con una capienza di circa 450 posti, non tutti riservati ai visitatori)²¹.

Le conseguenze dell'innovazione introdotta possono meglio apprezzarsi alla luce dell'importanza che gli "*oral arguments*" assumono nel procedimento dinanzi alla Corte Suprema²²: gli avvocati delle parti coinvolte nella controversia, quando illustrano le proprie argomentazioni, sono frequentemente interrotti dai giudici, che diventano dunque protagonisti attivi dell'udienza, ponendo domande suscettibili di influire magari sulla decisione finale della Corte Suprema. La dialettica che in tal modo si instaura, in una fase cruciale del processo, è in grado infatti di "*focus the minds of the justices and present the possibility for fresh perspectives on a case*"²³. I giudici acquisiscono ulteriori elementi di valutazione, rilevanti per la decisione del caso, in un modo secondo taluno simile a quello in cui i membri del Congresso possono utilizzare le "*information provided by interest groups and experts during committee hearings to determine their policy options*"²⁴.

Tale profilo non appare del tutto irrilevante, nell'attuale fase storica, in cui (dopo la nomina da parte del Presidente Trump dei giudici Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh, i quali hanno assunto le funzioni, rispettivamente, nel 2017 e 2018) gli equilibri della massima giurisdizione federale hanno registrato il consolidarsi di un orientamento maggioritario in senso conservatore.

Proprio per tale ragione, le pronunce relative ad alcuni *blockbuster cases* appaiono particolarmente attese. La Corte Suprema deve infatti anzitutto decidere se la discriminazione sessuale, vietata dal *Civil Rights Act* del 1964 (che all'epoca si focalizzava essenzialmente sulla discriminazione di genere), insieme a quella fondata su razza, colore, religione e origine nazionale, ricomprenda anche quella basata sull'orientamento sessuale o nei confronti delle persone transgender²⁵.

²⁰ Cfr. E. ROBERTS, *Wednesday round-up*, in *SCOTUSblog*, 15 aprile 2020, <https://www.scotusblog.com/2020/04/wednesday-round-up-520/>.

²¹ Cfr. A. HOWE, *Courtroom access: Dreaming of a spot in the courtroom*, in *SCOTUSblog*, 14 aprile 2020, <https://www.scotusblog.com/2020/04/courtroom-access-dreaming-of-a-spot-in-the-courtroom/>.

²² Sul ruolo della Corte Suprema, in generale e sui procedimenti dinanzi ad essa, si vedano, tra i tanti, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3rd ed., New York, 2000; J. E. NOVAK, R. D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, 6th ed., Saint Paul, 2000; R. G. MCCLOSKEY, S. LEVINSON, *The American Supreme Court*, Chicago, 2016; K. L. HALL (eds.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, 2005; K. M. CLERMONT, *The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts*, New York, 2018; R. J. MCKEEVER, *The United States Supreme Court: A Political and Legal Analysis*, Manchester, 1997, spec. pp. 89-113; S. KATZ, *History of the Supreme Court of the United States*, New York, 2006; H. J. ABRAHAM, *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, Oxford, 1998.; H. J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, cit., 223 ss.; S. L. WASBY, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Chicago, 1988. Si vedano altresì il numero dell'"*e-Journal USA*" dedicato a *The Supreme Court of the United States*, U.S. Department of State, Washington, DC, aprile 2013 e, in lingua francese, il n. 59 del 1991 di *Pouvoirs*, su "*La Cour Suprême des États-Unis*". Si vedano inoltre B. BARBISAN, *Nascita di un mito: Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 2008; F. TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema. Principi, strategie, ideologie*, Milano, 2000; ID., *Selezione discrezionale dei casi davanti alla Suprema Corte federale statunitense*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, p. 626 ss.; N. TROCKER, *Sindacato di costituzionalità (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1993, p. 1 ss.; L. STROPPIANA, *Stati Uniti*, Bologna, 2013, pp. 114-126. Per un'ampia rassegna bibliografica sul sistema statunitense di giustizia costituzionale si veda, in particolare, L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, 2015, spec. p. 50.

²³ Cfr. D. M. O'BRIEN, *Storm Centre: The Supreme Court in American Politics*, New York, 1996, 275.

²⁴ Cfr. T. R. JOHNSON, P. J. WAHLBECK, J. F. SPRIGGS, *The Influence of Oral Arguments on the U.S. Supreme Court*, pubblicato on line da Cambridge University Press, 28 febbraio 2006, p. 99, DOI: <https://doi.org/10.1017/S0003055406062034>.

²⁵ Si vedano i cases No. [17-1623](#) *Altitude Express Inc. v. Zarda*, No. 18-1618 *Bostock v. Clayton County*, [No 18-107](#) *R.G. & G.R. Funeral Homes v. Equal Employment Opportunity Commission*.

Altra questione da dirimere verte sul programma (*Deferred Action for Childhood Arrivals*) volto a garantire le centinaia di migliaia di cd. “*dreamers*”, gli immigrati entrati illegalmente negli Stati Uniti da bambini; tale programma è stato avviato dall’Amministrazione Obama e fortemente avversato dal Presidente Trump²⁶.

La Corte tornerà a pronunciarsi sul tema dell’aborto, sul diritto al possesso di armi da fuoco e sulla libertà religiosa.

Considerata la rilevanza delle questioni da affrontare a breve (con alcune pronunce probabilmente destinate ad incidere sugli equilibri politici del Paese e sulla stessa elezione del Presidente degli Stati Uniti), vi era chi preannunciava un *low profile* della Corte Suprema²⁷, dato il contesto di forte polarizzazione politica e sociale intorno ai tanti temi sensibili da trattare.

L’apertura della massima giurisdizione federale alla trasmissione audio in diretta delle udienze sembra invero esprimere una scelta in qualche misura opposta, anche – e soprattutto – alla luce dei casi selezionati (che si presume saranno poi decisi entro la fine del corrente *Term*) per lo svolgimento degli *oral arguments*.

Appaiono infatti da segnalare alcuni *time-sensitive cases*, fra cui la causa in cui si discute della conformità alla Costituzione delle leggi statali che impongono sanzioni agli “elettori presidenziali” i quali votino per un candidato diverso da quello che si sono impegnati a sostenere²⁸.

In altri casi si contesta invece la legittimità costituzionale di alcune scelte dell’amministrazione Trump (le quali consentono l’esclusione della contracccezione dall’assicurazione sanitaria delle lavoratrici)²⁹, ma soprattutto della richiesta, da parte del Congresso e dell’autorità giurisdizionale di accedere a informazioni economiche e fiscali relative al Presidente (nella sua qualità di privato cittadino)³⁰.

A quest’ultimo riguardo, la massima giurisdizione federale potrà ridefinire i limiti del potere legislativo nell’esercizio del controllo su quello esecutivo e rileggere il complesso sistema dei *checks and balances*, all’interno di una causa i cui effetti “politicamente dirompenti” potrebbero cogliersi già dagli *oral arguments*, nel corso dell’udienza che la Corte Suprema terrà “in teleconferenza” il prossimo maggio.

²⁶ Cfr. No. [18-587](#) *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*.

²⁷ Si veda a tale proposito A. LIPTAK, [As the Supreme Court Gets Back to Work, Five Big Cases to Watch](#), in *The New York Times*, 6 ottobre 2019.

²⁸ V. No. [19-465](#) *Chiafalo v. Washington*.

²⁹ V. No. [19-431](#) *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home v. Pennsylvania*.

³⁰ Si vedano le cause [No. 19-715](#) *Trump v. Mazars*, No. [19-760](#) *Trump v. Deutsche Bank AG*; No. [19-635](#) *Trump v. Vance*.

Antonio Ruggeri
La forma di governo nel tempo dell'emergenza*

ABSTRACT: *The paper supports the need for a constitutional discipline relating to the management of emergencies which reinforces the role of guarantee of the President of the Republic, providing for the control of the governmental acts adopted to deal with them and at the same time admitting the possible verification of the Constitutional Court*

Le emergenze, come si sa, non sono tutte le stesse, ed anche le misure adottate per farvi fronte non possono (e non devono) di conseguenza essere sempre le stesse. Se v'è un punto fermo sul quale ormai tutti convengono è infatti proprio quello della congruità necessaria del mezzo rispetto al fine, e la ragionevolezza è il metro col quale averne riscontro. Possiamo poi discutere – come sovente si discute – circa l'effettiva rispondenza (o, diciamo pure, la misura della rispondenza) dell'uno all'altro; la qual cosa rimanda ad un apprezzamento fatalmente intriso – checché se ne dica specie da parte degli organi di giustizia chiamati ad effettuarlo – di un tasso, ora più ed ora meno elevato, di apprezzamento politico-discrezionale.

La questione che ora mi pongo va, però, oltre tutto ciò. Mi chiedo infatti se possano darsi emergenze di una tale gravità o, se vogliamo, abnormità da richiedere persino un qualche adattamento della forma di governo e delle dinamiche che l'attraversano e connotano in situazioni di quiete istituzionale, comunque rispettoso dei principi fondamentali dell'ordinamento ed anzi funzionale all'obiettivo primario di preservare l'integrità dello stesso ed assicurarne il guado oltre il tempo "sospeso" dell'emergenza.

La vicenda della diffusione del coronavirus, che ancora oggi ci affligge ed inquieta, è assai istruttiva al riguardo, offrendo alcune indicazioni delle quali dobbiamo fare tesoro e portarle a frutto una volta che lo tsunami che ci ha travolto sarà ormai alle nostre spalle.

Non è un caso, d'altronde, che non soltanto l'emergenza ha sollecitato l'adozione di misure d'inusitata gravità, coinvolgenti, a conti fatti, l'intero pacchetto dei diritti costituzionali, fortemente compressi nella loro portata, ma ha messo in moto una produzione normativa a ritmi incessanti e tuttora in corso, perlò più a mezzo di strumenti non previsti dalla Carta costituzionale e, perciò, privi delle garanzie che accompagnano e seguono la formazione degli atti di forza primaria.

Non è – come si sa – una vicenda nuova; da tempo, l'esperienza ha indotto alla "invenzione" – ché di questo, per vero, si tratta – di strumenti dei quali la Carta non fa parola, a partire dalle discusse ordinanze contingibili ed urgenti, a man bassa sfornate nella circostanza odierna da Presidenti delle Regioni e Sindaci, non di rado in aperto contrasto con i parimenti discussi decreti del Presidente del Consiglio (e dei Ministri), già solo per ciò causando palese disorientamento in seno alla comunità governata che, peraltro, ne ha avuto una sommaria e non sempre in tutto fedele notizia attraverso i grandi mezzi di informazione. Ed è interessante sin d'ora notare, con riserva di approfondimento a breve, che, nel momento in cui si è avvertito il bisogno di mettere in campo strumenti inusuali per far fronte all'emergenza, dotandoli persino del potere di sospensione di disposizioni di rango costituzionale e di deroga di disposizioni di rango primario, anziché battere la via piana della revisione della Carta – come, a mia opinione, si sarebbe dovuto – al fine della loro opportuna regolazione si è pensato di far luogo alla loro "invenzione" con legge comune, in palese disprezzo dell'aureo insegnamento di una non dimenticata dottrina secondo cui nessuna fonte può istituire altre fonti "concorrenziali" e persino sostanzialmente sovraordinate rispetto a se stessa.

Ancora nella circostanza odierna, poi, accreditati studiosi ed autorevoli esponenti delle istituzioni e delle forze politiche (anche di maggioranza...) hanno fatto sentire, forte e chiaro, il timbro della loro voce a difesa della Costituzione e delle sue regole, anche per ciò che concerne il versante della produzione giuridica, rilevando come si dia lo strumento pensato dai *framers* proprio per far fronte ai

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

“casi straordinari di necessità e di urgenza”, il decreto-legge, e che, pertanto, non si rende necessario (ed anzi sarebbe da scongiurare) una integrazione della Carta volta ad introdurre una disciplina degli stati di emergenza e dei modi con cui farvi fronte.

Su quest’ultimo punto mi soffermerò a momenti. Quanto al primo, non esito a dichiararmi dell’avviso che si debba fare di tutto per restare entro gli argini segnati dalla Carta, spendendo – fin dove possibile – lo strumento pensato per i casi straordinari in parola e facendone, nondimeno, un utilizzo conforme a ragionevolezza, quale congruità delle norme, a un tempo, al “fatto” ed ai valori costituzionali nel loro fare “sistema”.

Fin dove possibile, però. Qui è, infatti, il *punctum crucis* della questione ora discussa. Perché potrebbero darsi emergenze talmente travolgenti da non consentire di essere arginate efficacemente col solo strumento della decretazione d’urgenza, del quale ad ogni buon conto non potrebbe farsi comunque a meno, come pure non s’è fatto nella circostanza odierna.

Rammentavo all’inizio che v’è emergenza ed emergenza. Un terremoto può produrre effetti devastanti, sì da richiedere il pronto intervento del Governo; e non occorre qui rammentare l’uso che se n’è fatto in occasione del sisma di Messina e Reggio Calabria del 1908, che ha dato lo spunto per un fitto ed animato dibattito teorico attorno allo strumento in parola. Un’emergenza, però, quale quella sanitaria in atto, che dura a lungo nel tempo con un moto non lineare e dagli svolgimenti almeno in parte imprevedibili, richiede una produzione normativa essa pure ininterrotta e bisognosa di essere messa di continuo a punto alla luce degli esiti del monitoraggio man mano effettuato sullo stato di fatto. Francamente, fatico ad immaginare quali scenari avrebbero potuto nel caso nostro o potrebbero un domani delinearci qualora al posto dei decreti del Presidente del Consiglio fossero stati adottati decreti-legge, modificati l’uno anche a distanza di un paio di settimane dall’altro, in pendenza del termine costituzionalmente prescritto per la conversione.

Insomma, il ricorso ai decreti del Presidente del Consiglio, seppur costituzionalmente non giustificato e, con ogni probabilità, non giustificabile alla luce di una rigorosa lettura della Carta, si è reso inevitabile, una volta fissato quale obiettivo primario ed impellente quello della salvaguardia della vita e della salute di un numero assai elevato di persone. È evidente che ciò ha determinato uno *stress* palese per la forma di governo parlamentare, da più parti e con varietà di accenti deplorato; con ogni probabilità, però, si è trattato di un esito non altrimenti evitabile.

Se su ciò si conviene, ne discende subito un argomento di peso a sostegno della tesi, già altrove patrocinata e che qui ancora una volta propongo, favorevole ad una disciplina costituzionale degli stati di emergenza. È chiaro, infatti, che non è in alcun modo accettabile l’idea che misure sì gravide di valenza ed implicazioni possano produrre effetti, alcuni dei quali con ogni probabilità materialmente irreversibili (a conferma, peraltro, della inadeguatezza della soluzione della mancata conversione, sempre possibile per i decreti-legge), senza che risultino sottoposte ad alcuno dei controlli costituzionalmente previsti. Sarebbe, questa sì, una torsione assolutamente intollerabile della forma di governo e, forse, della stessa forma di Stato, una volta che si convenga – come devesi convenire – che le misure in parola comportano un costo assai rilevante a carico dei diritti costituzionali e di interessi facenti capo all’intera collettività. Per questa ragione, è dunque consigliabile – come facevo altrove notare – che i decreti del Presidente del Consiglio (e dei Ministri) volti a far fronte all’emergenza siano comunque portati al vaglio del Presidente della Repubblica, il cui controllo mi sembra possa essere il più efficace ed adeguato ad una congiuntura siffatta. È chiaro che *de iure condito* questa tesi è del tutto priva di fondamento. Se però si ammette che possano darsi strumenti diversi da quelli in atto previsti nella Carta idonei non solo ad innovare a norme di legge comune ma persino ad incidere su norme costituzionali, sospendendone in buona sostanza il vigore, risulta evidente il bisogno che se ne faccia parola nella Carta stessa, allo scopo opportunamente novellata, stabilendone condizioni, limiti, effetti, controlli (per quest’ultimo aspetto, anche fortemente innovativi rispetto a quelli usualmente vevoli per gli strumenti stessi: su ciò, a breve).

Si è al riguardo proposto per i decreti del Presidente del Consiglio un passaggio parlamentare obbligatorio (sotto forma di parere) che però richiede la disponibilità di un certo lasso temporale e potrebbe ad ogni buon conto rivelarsi non adeguato a talune circostanze, mentre è chiaro che –

laddove possibile – il passaggio in parola resti (e debba restare) un punto fermo dei processi di produzione giuridica. Il controllo del Capo dello Stato, di contro, potrebbe *sempre* aversi con la necessaria speditezza e, se del caso, incisività. Possiamo, poi, discutere circa il modo e la misura del coinvolgimento della massima magistratura del Paese in ordine alla gestione degli stati di emergenza.

In astratto, il ventaglio potrebbe aprirsi a tutto campo: si può immaginare un suo ruolo forte (o fortissimo), sotto forma di “*assenso*”, se non di un vero e proprio “*consenso*”, come pure si può prefigurare il mero mantenimento del ruolo attuale di controllo, pur nella sostanziale vaghezza che ne connota ed accompagna le manifestazioni. Escludendo il primo corno dell’alternativa, che porterebbe troppo lontano dallo schema ormai invalso del governo parlamentare, a mia opinione l’intensità del coinvolgimento in parola non può comunque non tener conto essenzialmente di due cose: della gravità della situazione, per un verso, e, per un altro verso, della circostanza per cui dei decreti del Presidente del Consiglio non è prevista la successiva conversione da parte delle Camere. A me pare, infatti, che quanto più ci si discosti dagli stati di quiete istituzionale, ai quali specificamente si riferisce il modello costituzionale anche con riguardo ai casi straordinari di necessità e di urgenza, tanto più si renda necessario rendere “pesante” il coinvolgimento del Capo dello Stato, pur senza raggiungere le espressioni proprie di un regime “paraconsolare”, evocativo di uno scenario politico-istituzionale di un lontano passato comunque improponibile, e tuttavia ad esso contiguo. Solo se ci fosse stata una diffusione con caratteri devastanti della pandemia, che avesse ad es. contagiato la gran parte dei membri del Governo e/o delle Camere, avrebbe potuto immaginarsi addirittura un esercizio dei poteri presidenziali all’insegna del modello del reggimento degli stati di crisi di schmittiana memoria. Per fortuna, però, uno scenario apocalittico siffatto non si è delineato e ci auguriamo che mai abbia a delinarsi, dal momento che in sua presenza potrebbe “saltare” ogni schema, anche quello in futuro descritto nella Carta (qualora, come qui auspicato, un domani si avesse) con riferimento agli stati di emergenza, ed il campo sarebbe per intero pervaso dalla *Grundnorm* soffocante *salus rei publicae suprema lex esto*.

Mi preme, ad ogni buon conto, mettere subito in chiaro un punto sul quale ho, ancora di recente, sollecitato l’attenzione, al fine di fugare ogni possibile equivoco circa il senso complessivo della riflessione che vado facendo. Ed è che, a mia opinione, non può immaginarsi la esistenza di atti “complessi” – come sono usualmente chiamati, sulla scia della indicazione teorica di un’autorevole dottrina – frutto dell’incontro (non si sa se paritario o no) della volontà del Capo dello Stato e del Governo (o di alcuni suoi membri); e ciò, per la elementare ragione che si tratta di volontà per natura e vocazione eterogenee, non in grado dunque di fondersi e di comporsi ad unità: quella dell’uno essendo portatrice di istanze di garanzia, quella dell’altro invece ponendosi come espressiva di direzione politica. Nulla avendo in comune, non possono pertanto entrare a comporre uno stesso “insieme”.

Secondo la ricostruzione nella quale mi riconosco, il quadro è dunque estremamente semplice nei suoi termini essenziali, ogni atto emanato dal Capo dello Stato non potendo che rientrare o nell’area occupata dagli atti sostanzialmente governativi oppure in quella degli atti sostanzialmente presidenziali: *tertium non datur*. Ovviamente, per alcuni atti (tra i quali, principalmente lo scioglimento anticipato) resta poi aperta la questione, nient’affatto semplice da risolvere, circa la loro effettiva natura, eccezion fatta di quelli (ad es., decreti-legge e decreti legislativi) per i quali la Carta non lascia dubbio alcuno in ordine all’organo competente alla loro adozione.

Tutto ciò, nondimeno, vale (e non può non valere) per i soli stati di quiete istituzionale. In situazioni di crisi, di contro, il modello costituzionale viene a trovarsi sotto *stress*, soggetto a minacce che, in circostanze di estrema gravità, potrebbero persino – Dio non voglia! – mettere a rischio la stessa identità e continuità dell’ordinamento nel tempo. È allora che le categorie usuali possono rivelarsi inadeguate a reggere l’urto di fenomeni suscettibili di travolgerle, fenomeni che comunque ne dimostrano la insufficienza.

In uno scenario siffatto, due restano i corni estremi della possibile alternativa: o non dire nemmeno una parola di più nella Carta rispetto a quelle in atto scritte oppure prefigurare, nei limiti del possibile,

come far fronte alle emergenze in discorso, facendo dunque luogo ad un quadro di indicazioni essenziali in ordine alla loro gestione.

È chiaro che ogni soluzione non è esente da rischi, anche gravi. La prima, in buona sostanza, porta a demandare alla improvvisazione del momento la scelta di forme e contenuti delle misure da adottare, con la conseguente affermazione dei nuovi equilibri che potrebbero imporsi tra gli organi costituzionali: nelle relazioni tra gli organi componenti il Governo in primo luogo e, quindi, degli organi della direzione politica *inter se* e di essi con gli organi di garanzia. Il silenzio della Costituzione equivale, perciò, a lasciare il campo sgombro di ogni regola, pur se essenziale, rimettendosi a conti fatti a rapporti di forza tra gli operatori.

La seconda soluzione, poi, può per vero prestarsi ad usi strumentali, piegati a fini inconfessabili, comunque devianti dal solco costituzionale e frontalmente contrastanti con i valori fondamentali positivizzati nella Carta. È questa, d'altronde, la lezione lasciataci dal Costituente che – come si sa – ha ritenuto maggiormente prudente, nella temperie storico-politica nella quale operava, non fare parola alcuna della gestione degli stati di emergenza.

Il quadro è, però, oggi profondamente cambiato. È vero che soffia da noi come altrove il vento impetuoso ed inquietante di un nazionalismo esasperato, in altri luoghi definito ingenuo, infecondo, pericoloso. L'appartenenza del nostro Paese all'Unione europea e la sua collocazione nel contesto internazionale costituisce, tuttavia, un elemento almeno in parte rasserenante, anche se – com'è chiaro – sarebbe un grave errore abbassare la guardia, considerando fuori della realtà il rischio di una involuzione autoritaria suscettibile di far riavvolgere all'indietro il nastro della storia, obbligandoci a rituffarci nelle tenebre di un passato che abbiamo il dovere di non dimenticare e però di ripudiare, senza “se” e senza “ma”.

Le critiche, venute da molte parti, all'operato di Conte, tacciato di essere “un uomo solo al comando”, al di là di ogni riserva che, nel merito come nel metodo, le misure varate per decreto legittimamente sollevino, trascurano però almeno un paio di dati – a me pare – non contestabili: la circostanza per cui le misure stesse sono state fatte proprie, sia pure con non secondari adattamenti, anche in altri Paesi di sicura fede democratica e – ciò che più importa – la loro estrazione da un Governo che gode dell'appoggio di una maggioranza risultante da forze politiche non aventi vocazione illiberale e autoritaria.

Ora, è in questo quadro complessivo, qui appena delineato nei suoi tratti essenziali, che si rende dunque impellente porre mano ad una disciplina della gestione degli stati di emergenza che – come si è venuti dicendo – deve principalmente puntare su un ruolo “forte” del Capo dello Stato, a garanzia proprio di quella democrazia parlamentare (e, perciò, della democrazia *tout court*) obbligata, al ricorrere degli stati stessi, a versare in una condizione di palese sofferenza.

Non si trascuri, peraltro, un dato sovente stranamente dimenticato; ed è che – si abbia, o no, la disciplina qui caldeggiata – potrebbero aversi circostanze tali da non consentire comunque lo svolgimento di quella centralità di ruolo del Parlamento che, secondo modello, è (e resta) il punto ideale di riferimento per l'adozione di ogni misura espressiva di direzione politica. L'intraprendenza del Governo, sotto l'occhio vigile del Capo dello Stato, può insomma rivelarsi espressiva di una *sussidiarietà necessaria*, persino con riguardo a casi nei quali la Costituzione assegni alle Camere una competenza che parrebbe essere loro esclusiva ed indisponibile.

Si pensi, ad es., alla delibera dello stato di guerra.

È fuori discussione che debba esserci un deliberato delle Camere, mentre si controverte in ordine alla forma di cui si riveste ed a ciò che ad esso consegue. Ebbene, in presenza di un attacco improvviso del nemico che si avvalga anche di missili a testata nucleare che minacciano di cadere sul nostro territorio in un arco temporale sommamente ristretto, immaginare che il Paese non possa difendersi se non dopo che sia stata adottata la delibera in parola, da parte prima dell'una e poi dell'altra Camera e magari a seguito di un dibattito che veda schierati su fronti contrapposti maggioranza ed opposizioni, una delibera che poi – perché no? – sia persino impugnata davanti alla Consulta, il cui verdetto sia indispensabile al fine della conferma della sua validità, è cosa palesemente priva di senso.

Possiamo (e dobbiamo) dunque tenere fermo e preservare il ruolo spettante al Parlamento ma dobbiamo prendere atto che potrebbero darsi casi che ne rendano materialmente impossibile l'esercizio ovvero possano, comunque, gravemente menomarlo.

È qui, dunque, che soccorre l'operato fattivo del Capo dello Stato, quale rappresentante dell'unità nazionale (e, per ciò stesso, di *ogni* forza politica presente in Parlamento), *viva vox Constitutionis*, dei suoi valori, dei principi e delle regole che li specificano e fanno valere.

È poi da valutare se, in considerazione del ruolo che il Presidente della Repubblica potrebbe trovarsi ad esercitare in situazioni di emergenza, convenga innovare alle norme riguardanti la elezione dell'organo, ad es. stabilendo che in ogni caso essa debba aversi a maggioranza dei due terzi: un innalzamento che, di certo, renderebbe ancora più nitida l'immagine e salda la funzione di garanzia dell'organo ma che, allo stesso tempo, potrebbe rendere viepiù disagevole il coagulo dei consensi richiesti per un esito positivo del voto parlamentare.

Nel quadro della nuova disciplina qui caldeggiata consigliereerei, inoltre, di innovare al quadro in atto vigente stabilendo espressamente che i decreti del Presidente del Consiglio adottati per far fronte all'emergenza sono suscettibili di impugnazione davanti alla Corte costituzionale. A rigore, potrebbe pensarsi anche ad una reinterpretazione evolutiva della formula relativa agli atti aventi "valore di legge". Sappiamo però che nell'esperienza ormai invalsa la nozione di "forza normativa" fatta propria dal giudice costituzionale fa leva sulla forma degli atti, tant'è che anche fonti di forza sostanzialmente primaria, quali i regolamenti delegati, sono ad oggi esclusi dall'area del sindacato sulle leggi e sulle fonti a queste equipollenti. A fugare ogni dubbio, dunque, riterrei necessaria una esplicita indicazione nella Carta novellata. Non si dimentichi che si tratta di atti idonei ad incidere su diritti costituzionali ed a sospendere l'efficacia di un corpo cospicuo di norme di rango primario.

È pur vero, tuttavia, che in situazioni di emergenza il sindacato della Consulta ne risente, anche in rilevante misura. Disponiamo, d'altronde, di numerose e convergenti testimonianze in tal senso. Rammento qui, ancora una volta, l'esempio altamente istruttivo della [sent. n. 15 del 1982](#), con la quale è stata offerta benevola "copertura" ad una disciplina normativa adottata al tempo della lotta al terrorismo interno, una disciplina francamente abnorme ("insolita" l'ha pudicamente definita il giudice delle leggi), che comportava un grave *vulnus* alla libertà di persone, presuntivamente innocenti, costrette a portare il peso gravoso di una carcerazione preventiva fortemente, innaturalmente dilatata e, dunque, a vedere incisa la loro stessa dignità allo scopo del contenimento – fin dove possibile – del rischio che potessero tornare a circolare liberamente, per decorrenza dei termini, persone sospette di appartenere alle BR.

Senza rievocare qui uno scenario che fortunatamente sembra ormai essere alle nostre spalle e facendo ora ancora solo un esempio della naturale sensibilità ed attenzione nei riguardi dei connotati di contesto, di cui il giudice delle leggi ha dato (e dà) ripetute ed eloquenti testimonianze, si rammenti la [sent. n. 17 del 2019](#), emessa in relazione alla confusa e convulsa vicenda avutasi in occasione dell'approvazione della legge di bilancio nel dicembre 2018 che ha visto sacrificate in modo palese – checché ne abbia detto il giudice costituzionale – le regole costituzionali (e non) che presiedono alla formazione delle leggi pur di salvaguardare la fiducia dei *partners* europei e dei mercati e mettere, dunque, il nostro Stato al riparo da una sicura procedura d'infrazione oltre che da effetti disastrosi per i nostri conti pubblici.

In situazioni di emergenza, insomma, mentre si espande – per la ricostruzione qui prospettata – il ruolo di garanzia del Capo dello Stato, fatalmente si contrae quello della Corte costituzionale, ferma restando ovviamente l'assoggettabilità degli atti di emergenza a sindacato di costituzionalità. Il giudizio di ragionevolezza, che ad essi si applica, quale congruità necessaria della norma al "fatto", oltre che ai valori, è nondimeno fortemente, naturalmente "impressionato" dal fatto stesso, dalla sua gravità, dal complessivo modo di essere.

È ormai da tempo provato che la forma di governo è in perenne movimento e che va, perciò, incontro a continui adattamenti alle condizioni oggettive di contesto. Alle volte si tratta di movimenti impercettibili, quali sono quelli cui vanno soggetti anche edifici e costruzioni imponenti in sede di assestamento; altre volte, invece, il moto, al quale – come una sensibile dottrina ha fatto notare –

soggiace la stessa Costituzione, subisce vistose e preoccupanti oscillazioni ed accelerazioni improvvise, brusche, imprevedibili nei loro approdi. È proprio ciò che si ha nelle situazioni di emergenza, bisognose di essere fronteggiate con strumenti parimenti duttili ed incisivi, di pronto intervento, tenendo nondimeno costantemente elevato il livello delle garanzie costituzionali.

La disciplina dell'emergenza qui caldeggiata contempla – come si è venuti dicendo – la eventualità di una vigorosa sottolineatura del ruolo del Capo dello Stato in funzione della salvaguardia della democrazia parlamentare ed in vista del sollecito ristabilimento della normalità costituzionale messa sotto *stress* dall'emergenza. Non dotarsi delle garanzie insite nel fatto stesso di una misurata e però chiara disciplina costituzionale, sia pure – conformemente alla propria natura – *per essentialia*, a me pare che sia un rischio che non possiamo (e dobbiamo) correre.

Alessandro Lauro
BIS IN “NIET”
(a margine dell’[ord. n. 60/2020](#) della Corte costituzionale*)

ABSTRACT: A year after the ordonnance n. 17/2019, the Constitutional Court scrutinises for the second time the parliamentary procedure by which the 2020 State Budget was approved. In this decision, the Court excludes that Opposition parliamentary groups may file a petition acting as “powers of the State” to challenge the parliamentary procedure before the judge. The Court confirms, by contrast, that the abuse of parliamentary procedure can be contested by each member of Parliament. The Constitutional judges point out that only a very serious violation of the lawmakers’ rights can lead to a declaration of the unlawfulness of the Parliament Act. In order to verify that, the Court proceeds to check the balance between the MPs’ rights enshrined by the Constitution and the needs and principles inherent to the State budget approval. In this case, the Court rules out that the procedure followed in the Chambers shows such an absence of balance justifying the judge’s intervention.

SOMMARIO: 1. Ritorno sulla legittimazione ad agire dei gruppi parlamentari, in attesa di argomenti migliori - 2. Il bilanciamento del contraddittorio parlamentare: l’ambivalente precisazione di un metodo “equitativo” - 3. Purché se ne parli (in una sola Camera): quale “sostanza” per la funzione parlamentare? - 4. Concludendo: una giurisprudenza che dubita di sé stessa (con degli attori politico-processuali che non aiutano...).

A poco più di un anno di distanza dalla ormai celeberrima [ord. n. 17/2019](#)¹, la Corte costituzionale è stata di nuovo chiamata a vagliare l’iter legislativo della legge di bilancio tramite un conflitto di attribuzioni sollevato dai deputati dell’opposizione, sia come singoli attori riuniti, sia come gruppi parlamentari (nello specifico, i gruppi di Forza Italia, Fratelli d’Italia e Lega- Salvini Premier, con separati ricorsi).

Si tratta della terza pronuncia² che, a seguito dell’[ord. n. 17](#), ha trattato il tema dei conflitti sollevati dai parlamentari rispetto ai vizi del procedimento legislativo³ (o, meglio, dei procedimenti legislativi)⁴.

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ I commenti alla pronuncia sono moltissimi. Oltre a quelli specificamente richiamati nelle note successive, si rinvia, senza alcuna presunzione di esaustività, a L. BRUNETTI, *Autonomia delle Camere e menomazione delle attribuzioni del parlamentare. Quale “soglia di evidenza” giustifica l’intervento della Corte?*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 18 marzo 2019; G. BUONOMO e M. CERASE, *La Corte costituzionale ancora irrisolta sul ricorso delle minoranze parlamentari*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 13 febbraio 2019; M. CAVINO, *La necessità formale di uno statuto dell’opposizione*, in [Federalismi.it](#), n. 3/2019; M. CONTIERI, *“Giusto procedimento legislativo” e conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in [Federalismi.it](#), n. 16/2019; L. CIAURRO, *Procedure parlamentari anomale per la legge di bilancio e ossimorici conflitti di attribuzione endo-organici*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2/2019, 10 ss.; S. LIETO, *Conflitto tra poteri e “soglia di evidenza”. Notazioni a margine dell’ordinanza n. 17 del 2019*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2019; A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo “costituzionale” è una violazione grave e manifesta*, in [Federalismi.it](#), n. 3/2019; N. LUPO, *Un’ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in [Federalismi.it](#), n. 3/2019; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in [Federalismi.it](#), n. 3/2019; A. PACE, *Un ricorso suicida*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2019, 180 ss.; A. RUGGERI, *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2019.

² Il 4 dicembre 2019 sono state depositate, infatti, due altre ordinanze di inammissibilità dei ricorsi per conflitto fra poteri presentati da un piccolo gruppo di senatori ([n. 274/2019](#)) e deputati ([n. 275/2019](#)) rispetto all’iter di conversione del decreto-legge 14 dicembre 2018 n. 135, commentate da R. DICKMANN, *L’illegittimità delle norme intruse dei decreti-legge tra conflitto di attribuzione promosso da singoli parlamentari e giudizio di legittimità costituzionale*, in [Federalismi.it](#), n. 2/2020; F. FABRIZZI, *Le ord. 274 e 275/2019 su conflitti di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevati da singoli parlamentari. Dialogando con l’ord. 17/2019*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2020; C.P. GUARINI, *La Corte costituzionale ancora su conflitti tra poteri sollevati da singoli parlamentari tra conferme e prospettive di sviluppo (a margine delle ordinanze nn.274 e 275 del 2019)*, in [Osservatorio AIC](#), n. 2/2020.

³ Per una ricostruzione dell’annoso («carsico») problema del sindacato costituzionale sull’iter legis: P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa*, in [Osservatorio AIC](#), n. 5/2019, 40 ss.

⁴ Si rileva, infatti, che sono state lamentate torsioni di procedimenti legislativi caratterizzati da regole proprie, dedicati ad atti legislativi che seguono, appunto per natura, iter specifici (sessione di bilancio, conversione dei decreti-legge).

Di nuovo, per la quarta volta in generale, per la seconda rispetto a leggi di bilancio, il giudice costituzionale sancisce l'inammissibilità del conflitto, poiché non ritiene superata quella soglia di evidenza che, solo quando oltrepassata, giustifica l'intervento della Corte.

Si tratta di una pronuncia che, come si dirà, ha molteplici profili di "doppiezza", in un continuo gioco di aperture e chiusure che rendono sfuggente questa neonata giurisprudenza, avviatasi assai incerta sui suoi passi.

1. Ritorno sulla legittimazione ad agire dei gruppi parlamentari, in attesa di argomenti migliori

Verificato il corretto espletamento delle formalità con cui i gruppi parlamentari hanno deliberato la volontà di interporre il conflitto, conferendo la rappresentanza processuale ai loro Presidenti (formalità la cui carenza in precedenti occasioni aveva impedito – o meglio: consentito – alla Corte di non pronunciarsi sulla legittimazione dei gruppi⁵), ci si poteva aspettare che la Corte, finalmente, riconoscesse o meno la natura di "potere dello Stato" ai gruppi parlamentari.

Qui si registra il primo elemento ancipite della pronuncia.

Da un lato, la Corte proclama che i gruppi parlamentari sono «*espressioni istituzionali del pluralismo politico*», il cui ruolo è «*indiscutibile*» e per i quali la Costituzione ritaglia uno spazio di riconoscimento formale (come è noto, agli artt. 72 e 82), ma non per questo vanno loro riconosciute le medesime prerogative ascrivibili ai singoli parlamentari, con il conseguente disconoscimento nella specie della legittimazione ad agire.

L'affermazione è perfettamente coerente: sono astrattamente configurabili situazioni in cui la sfera costituzionale dei gruppi può trovare protezione dinanzi al giudice dei conflitti⁶, ma non esistono attribuzioni costituzionali proprie del soggetto collettivo (che non sia una minoranza parlamentare di cui all'art. 72, comma 3) riferibili al procedimento legislativo e conseguentemente giustiziabili quando si contesti l'*iter* di approvazione di una legge⁷.

Nel caso dei gruppi, dunque, la Corte non ricorre alle formule sibilline che hanno accompagnato la facoltà del parlamentare individuale: il gruppo parlamentare ha una sua soggettività costituzionale, che in certi casi (ma non quello presente) lo potrà legittimare al conflitto fra poteri.

Ma, dall'altro lato, ecco che alla chiusura rispetto alla partecipazione dei gruppi al contenzioso sul procedimento legislativo, segue una parziale apertura: nel caso di specie, i ricorrenti omettono «*una specifica e articolata argomentazione, basata sulla Costituzione, sul perché tali prerogative dovrebbero essere riconosciute nella stessa identica declinazione ai gruppi*». Il dubbio, allora, non è fugato: la Corte non esclude che si possano riconoscere anche al gruppo parlamentare attribuzioni attinenti al procedimento legislativo, ma, difettando un'argomentazione sul punto da parte dei ricorrenti, l'ipotesi è per il momento scartata.

Quali argomenti, allora, possono essere ricavati dal diritto costituzionale per legittimare un conflitto dei gruppi parlamentari in materia di *iter* legislativo?

È evidente che i dati contenuti nella Costituzione non sono sufficienti, rendendosi così necessario un approccio normativo "multi-livello" per ricostruire la sfera costituzionale dei gruppi parlamentari. In proposito, occorre tener presente che dal punto di vista metodologico la Corte costituzionale in svariate occasioni già ha trasceso il piano strettamente letterale, ricavando l'esistenza di attribuzioni

⁵ Enunciate nell'[ord. n. 280/2017](#) e ribadite dall'[ord. n. 17/2019](#).

⁶ Cfr. M. SICLARI, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato e i suoi limiti*, in [Nomos](#), n. 1/2019, 3, nonché, volendo, A. LAURO, *Dopo l'ordinanza n. 17*, cit., 152.

⁷ M. MANETTI, *La tutela delle minoranze si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2019, 616 osserva, del resto, che «non è pensabile tuttavia che i poteri del gruppo, che è privo di proprie attribuzioni costituzionali, possano sostituirsi in toto a quelli dei singoli parlamentari: troppo forte è invero il rischio di ingessare, in assenza di idonee garanzie, la dialettica interna ai gruppi».

giustiziabili tramite conflitto (intersoggettivo⁸ o interorganico⁹) dalla trama dei principi costituzionali e dalle loro normative d'attuazione.

Allora, il punto da cui si potrebbe partire è la proporzionalità, criterio che la Costituzione riallaccia direttamente ai gruppi parlamentari. Nella loro natura di corpi intermedi fra l'Assemblea intera e la "monade" del singolo parlamentare¹⁰, i gruppi rappresentano il pluralismo politico (art. 49 Cost.)¹¹, garantendo così la rappresentatività del Parlamento nel suo insieme rispetto alle tendenze politiche esistenti nel Paese¹². E questa garanzia dell'indissociabile binomio del parlamentarismo democratico (pluralismo-rappresentatività) è posta dalla Costituzione *in primis* per la composizione delle Commissioni, ma è ripresa dai regolamenti parlamentari in varie loro disposizioni, fra le quali si segnalano quelle norme che garantiscono la proporzionalità dello spazio riservato ai gruppi nel dibattito rispetto alla consistenza numerica degli stessi¹³.

Insomma, le varie facoltà dei gruppi esistenti nel diritto parlamentare che si ricollegano a questo criterio di proporzionalità – e cioè alla necessità di garantire il pluralismo politico nelle varie fasi del processo legislativo (art. 72), ma anche nell'esercizio delle altre funzioni parlamentari (art. 82) – possono essere in definitiva ricondotte alla sfera costituzionale dei gruppi parlamentari e dunque, in ipotesi, legittimare un conflitto in caso di lesione o interferenza da violazione di questa proporzionalità. Questa soluzione peraltro non è esclusa dalla giurisprudenza della Corte, poiché l'ord. 17 ha chiarito che facoltà riconosciute dal diritto parlamentare, ma fondate su norme costituzionali potrebbero essere attratte nella sfera costituzionale, sì da legittimare il conflitto, che potrebbe anche vedere il gruppo come potere resistente¹⁴.

Oltre ai principi ricavabili dal dettato costituzionale, sarebbe sempre possibile puntellare tale ricostruzione invocando precise consuetudini parlamentari che possano elevarsi al grado di consuetudini integrative della Legge fondamentale¹⁵.

Si tratta di un'ipotesi che, all'evidenza, meriterebbe ulteriori approfondimenti circa implicazioni, limiti e rischi connessi, non possibili in questa sede.

Resta tuttavia intatta la circostanza che il riconoscimento di un'azione dei gruppi a tutela del procedimento legislativo avrebbe una portata meramente residuale. Non pare infatti dubitabile che il singolo parlamentare goda di una sfera costituzionale più ampia, meglio definita (cui l'[ord. n. 60](#) aggiunge anche l'art. 69)¹⁶ e, per conseguenza, astrattamente di più facile tutela rispetto a quella dei

⁸ Si veda, ad esempio, la [sent. n. 149/2009](#), punto 4 del *Considerato in diritto*, laddove si riconosce il potere del Governo nazionale di impugnare tramite lo strumento del conflitto la promulgazione di una legge statutaria (in quel caso della Regione Sardegna), al di là della competenza prevista all'art. 123 Cost. Tale ulteriore potere si giustifica in capo la Governo dello Stato come «garante dell'istanza unitaria», consacrata all'art. 5 Cost.

⁹ In questo frangente, esempi evidenti sono il riconoscimento della Commissione parlamentare di vigilanza sul sistema radio-televisivo come potere dello Stato (da ultimo, [sent. n. 69/2009](#)), così come avvenuto per i comitati promotori dei referendum (a partire dall'[ord. n. 17/1978](#)).

¹⁰ Espressione già utilizzata in C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e prospettive*, Milano, 2008, 20.

¹¹ In tema di Gruppi parlamentari come articolazioni del pluralismo, si veda, da ultimo, M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2020, in particolare 179 ss.

¹² Per tutti v. A. D'ANDREA, *Rappresentatività del Parlamento e principio maggioritario*, in A. CARMINATI (cur.), *Rappresentanza e governabilità. La (complicata) sorte della democrazia occidentale*, Napoli, 2020, 25 ss. (di prossima pubblicazione).

¹³ Si vedano, ad esempio, nel regolamento della Camera gli artt. 23, comma 6, (sul programma) e 24, commi 2, 7 e 10, (sul calendario e sul tempo di dibattito dei singoli argomenti), art. 85-bis (sulla segnalazione degli emendamenti). Nel regolamento del Senato sono assenti disposizioni simili, ma, al netto di eventuali prassi che diano rilevanza alla proporzionalità dei Gruppi, potrebbero ricondursi a questo tipo di norme le facoltà riconosciute a gruppi non strutturali di senatori, in particolare di otto senatori (ad es. artt. 36, comma 2, 99, comma 2, 100, comma 5).

¹⁴ Chiamati in giudizio, ad esempio, da singoli parlamentari membri che siano stati in qualche modo depauperati nella loro funzione ad opera del gruppo di appartenenza.

¹⁵ Sulla base di quanto avvenuto, come è ampiamente noto, nel caso della [sent. n. 7/1996](#) in tema di mozione di sfiducia individuale.

¹⁶ Oltre agli artt. 67, 68, 71, comma 1, e 72, compare per la prima volta l'art. 69, assente nell'[ord. n. 17/2019](#) (diversamente da quanto sembra emergere dalla stessa [ord. 60](#)). Tale inserzione non può che far correre il pensiero alla

gruppi. Se si ammettesse un ambito di attribuzioni costituzionali dei gruppi capace di attrarre a sé facoltà riconosciute dai regolamenti parlamentari, diventerebbe però ancor più difficile sceverare il destino dei ricorsi dei gruppi da quello delle “azioni collettive” di singoli parlamentari riuniti.

Ciò non è semplice sul piano logico, poiché, dal punto di vista soggettivo, si dà una duplice legittimazione dei soggetti distinti (gruppo e parlamentari singoli), ma una sovrapposizione dei ricorrenti, mentre, dal punto di vista oggettivo, resta un’unicità dell’interesse sotteso all’azione, declinato però rispetto a lesioni diverse¹⁷. Concretamente, ciò significa che se la sfera dei singoli parlamentari copre spazi del procedimento legislativo ben più rilevanti rispetto a quelli che – secondo il ragionamento prima condotto – potrebbero essere protetti da un’azione del gruppo parlamentare, nel momento in cui la Corte giudica la lesione delle prerogative dei singoli non sufficiente per giustificare il suo intervento, non si vede come potrebbe ritenere fondato o anche solo ammissibile il ricorso del gruppo. Detto altrimenti: se viene meno il ricorso collettivo, cadrà anche quello del gruppo. L’inverso però non vale e la conseguenza è che il ricorso del gruppo si rivela superfluo.

Una strada di differenziazione potrebbe allora concernere il *quantum* della lesione¹⁸: a tal proposito, la Corte non ha dato (opportunamente) rilievo al numero dei ricorrenti, tenendo distinti il piano del numero dei soggetti lesi da quello della gravità oggettiva della lesione costituzionale, globalmente considerata. Sarebbe ipotizzabile che per il gruppo parlamentare la Corte arrivi a pretendere una minore gravità della lesione (considerato il minore ambito di competenze suscettibili di essere menomate)¹⁹, mantenendo inalterato il parametro che si è data per i singoli parlamentari. Non sfumano, è evidente, le difficoltà di distinguere lesioni maggiori o minori, ma si tratta di una questione *insaisissable*, poiché insita nel potere di valutazione discrezionale della Corte, la quale, col tempo e con la sua opera pretoria, potrebbe al massimo individuare degli indici specifici.

Restano invero sullo sfondo – in attesa di attivazione – i soggetti collettivi che meglio potrebbero agire a tutela del procedimento legislativo, senza esegesi costituzionali forzate o “doppi salti mortali”²⁰ da parte della Corte, vale a dire le frazioni qualificate di parlamentari, riconosciute direttamente dalla Carta fondamentale e, in particolare, quelle identificate all’art. 72, comma 3, Cost.²¹

2. Il bilanciamento del contraddittorio parlamentare: l’ambivalente precisazione di un metodo “equitativo”

Un’altra ambivalenza dell’[ord. n. 60](#) concerne il profilo oggettivo della controversia.

La Corte ha infatti esplicitato un’interessante precisazione del suo metodo di giudizio nei conflitti sollevati dai parlamentari, le cui conseguenze processuali potrebbero essere di non poco momento.

vexata quaestio dei “vitalizi” dei membri del Parlamento, aprendo così all’ipotesi di conflitti in materia di indennità. Sul punto, si segnala che vi è una giurisprudenza in costruzione (si veda il parere del Consiglio di Stato n. 1403/2018, richiesto dalla Presidenza del Senato, nonché l’ord. n. 18265/2019 delle SS.UU. Civili della Cassazione, pronunciata a seguito di regolamento di giurisdizione), che potrebbe arricchirsi un giorno di una pronuncia della Corte costituzionale.

¹⁷ Non a caso i capigruppo agivano “in proprio e in quanto Presidenti del gruppo parlamentare”.

¹⁸ Fa riferimento al “quantum” della lesione, discrezionalmente valutato dalla Corte, F. FABRIZZI, *Le ordd. 274 e 275/2019*, cit., 183. Per qualche considerazione sullo stesso tema del *quantum*, si veda già, volendo, A. LAURO, *Dopo l’ordinanza n. 17*, cit., 158.

¹⁹ Sussisterebbero comunque gli argomenti di rispetto dell’autonomia parlamentare che hanno giustificato l’elevazione della soglia di evidenza per i singoli.

²⁰ V. PIERGIGLI, *La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine dell’ordinanza n. 17/2019*, in *Nomos*, n. 1/2019.

²¹ Anche chi ha riconosciuto il gruppo parlamentare «“cellula” della struttura camerale» lo ha fatto, oltre che sulla base degli art. 72 e 83, sulla circostanza che il dettato costituzionale «individua frazioni di parlamentari che sono titolari di speciali diritti di garanzia solo perché numericamente rilevanti»: cfr. A. D’ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Milano, 2004, 123, nota 83. Sulla legittimazione di siffatte minoranze ad agire sia consentito rinviare alle argomentazioni svolte in A. LAURO, *Dopo l’ord. n. 17*, cit., 155.

La tecnica, in realtà, è assai conosciuta²² ed è quella del bilanciamento²³; la particolarità, nell'ambito del sistema di giustizia costituzionale, è che qui il bilanciamento non avviene solo (o tanto) a livello normativo astratto – fra principi, dunque, o esigenze costituzionali variamente definite, cui si ricollegano interessi delle parti in causa²⁴ – quanto, semmai, a livello fattuale, spostando l'attenzione, per usare le parole della Corte, sulla «sequenza oggettiva dei fatti».

Ora, è chiaro che nel conflitto fra poteri – maggiormente di quanto non possa avvenire, in linea di massima, nel giudizio di legittimità costituzionale²⁵ – il *factum* ha una sua pregnanza fondamentale per giungere allo *ius*²⁶: i ricorrenti sono tenuti ad allegare i fatti costitutivi²⁷ alla base della denunciata violazione della loro sfera di attribuzioni costituzionali²⁸, affinché la Corte possa valutare se il riparto costituzionale delle competenze sia stato effettivamente violato²⁹. Tuttavia, nel procedimento bifasico previsto per i conflitti, un sommario giudizio di diritto (concernente l'ammissibilità) è preliminare alla cognizione piena del fatto, rimandata alla fase di merito³⁰.

Tuttavia, in questo incipiente contenzioso sulle procedure parlamentari, posto che va raggiunta la soglia della manifesta evidenza delle violazioni, il giudizio di fatto sembra esaurire *ex se* anche le valutazioni di diritto, quasi in ossequio alla nota gerarchia “rovesciata” delle fonti del diritto parlamentare, nelle quali prevalgono appunto i fatti normativi³¹.

Nell'[ord. n. 60](#), la Corte incentra il suo ragionamento sulle (varie) «esigenze in gioco nelle procedure parlamentari»; in particolare, sottolinea che «le ragioni del contraddittorio» in sede parlamentare hanno dovuto essere bilanciate (cioè parzialmente sacrificate) con le esigenze di

²² Già lo si era osservato nel caos dell'[ord. n. 17/2019](#): 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](#), 2019/I, 73 ss; G. MOBILIO, [La Corte costituzionale e la difficile ricerca di bilanciamenti nel procedimento di approvazione della legge di bilancio. Considerazioni a margine della ord. n. 17/2019](#), in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2019. Volendo, anche A. LAURO, [Dopo l'ordinanza n. 17](#), cit., 159.

²³ Si veda in generale A. MORRONE, [Bilanciamento \(giustizia cost.\)](#), in [Enciclopedia del diritto - Annali](#), II, Milano, 2008, 185 ss. (in particolare 189, in tema di conflitti interorganici).

²⁴ Fra le quali emerge quella della “stabilità” degli Esecutivi, consacrata dalla giurisprudenza costituzionale nella [sent. n. 1/2014](#) in materia elettorale, cui la [sent. n. 35/2017](#) ha aggiunto anche la “rapidità del processo decisionale”. Sul punto C. PINELLI, [Bilanciamenti su leggi elettorali, Corte cost. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017](#), in [Diritto pubblico](#), n. 1/2017, 227, nonché D. CASANOVA, [Spunti critici sulla possibilità di bilanciare la rappresentatività delle Camere con la stabilità del Governo](#), in A. CARMINATI, [Rappresentanza e governabilità](#), cit., 83 ss.

²⁵ Sul valore del fatto nei giudizi di costituzionalità v. A. RUGGERI, [Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista](#), 2014 (06.11.14).

²⁶ Cfr., per tutti, R. BIN, [L'ultima fortezza. Teoria della costituzione e conflitti di attribuzione](#), Milano, 1996 143: «è la situazione concreta a creare il "potere"; ma questo, lungi da entificarsi, si costituisce e si dissolve con la situazione, nel "caso" ».

²⁷ Cfr. in tema di rapporto fra l'intricarsi dei profili soggettivi ed oggettivi nel giudizio sui conflitti P. VERONESI, [I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale](#), Milano, 1999

²⁸ V. ONIDA, [La Corte e i conflitti interni al Parlamento](#), in [Federalismi.it](#), n. 3/2019, 274: «Nel caso dei conflitti ogni situazione concreta, e ogni eventuale condotta suscettibile di produrre menomazione di un altro potere, fa caso a sé e quindi dovrebbe essere oggetto di valutazione *funditus* e di decisione da parte della Corte».

²⁹ Come sottolinea A. PISANESCHI, [I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato. Presupposti e processo](#), Milano, 1992, 152, «la rigidità della costituzione deve essere garantita attraverso il rispetto delle competenze che la Costituzione stessa prevede. I soggetti risultano essere dei tramiti qualificati per l'attivazione di un giudizio che non avrebbe potuto essere altrimenti attivato e che serve a garantire la rigidità costituzionale in una zona “franca” dal controllo di costituzionalità».

³⁰ Non è un caso che il giudizio sul fatto venga rimandato alla fase di merito, quando vi è il pieno contraddittorio fra le parti, allorché nel giudizio di ammissibilità *iura novit curia*. Con questa anticipazione del fatto, la Corte si trova a dover difendere d'ufficio le ragioni degli altri organi che sarebbero coinvolti. Sulla circostanza che la Corte abbia anticipato il merito alla fase di ammissibilità: v. G. DI COSIMO, [Chi e come può difendere il ruolo del Parlamento? Una decisione della Corte costituzionale su cui riflettere](#), in [laCostituzione.info](#), 10 febbraio 2019; F. SORRENTINO, [La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa](#), in [Federalismi.it](#), n. 4/2019, 2.

³¹ C. BERGONZINI, [La piramide rovesciata: la gerarchia tra le fonti del diritto parlamentare](#), in [Quaderni costituzionali](#), n. 4/2008, 741 ss.

«efficienza e tempestività delle decisioni parlamentari, primieramente in materia economica e di bilancio, in ragione di fini, essi stessi desunti dalla Costituzione ovvero imposti dai vincoli europei».

Dunque, riconosciute le «indubbie deformazioni e dilatazioni rispetto alle prassi applicative iniziali con aspetti non privi di criticità», il giudice costituzionale sancisce che queste distorsioni del procedimento parlamentare, per concretare delle violazioni nella sfera costituzionale dei singoli parlamentari, devono dare «patentemente luogo a bilanciamenti di cui non si colgono le ragioni e il complessivo equilibrio». Di qui, l'ordinanza inizia a passare in rassegna le circostanze di fatto del caso concreto per concludere che gli «sbilanciamenti» di cui sopra non si sono verificati.

La pronuncia si conclude nel senso che «dalla sequenza oggettiva dei fatti non emerge un irragionevole squilibrio fra le esigenze in gioco nelle procedure parlamentari e, quindi, un *vulnus delle attribuzioni dei parlamentari grave e manifesto*».

La Corte sembra quindi sorvolare, guardando dall'alto, la procedura parlamentare – talvolta soffermandosi però su dettagli di fatto, quasi «aneddotici», ma con considerazioni opinabili³² – senza verificare, ad esempio, il rispetto delle norme regolamentari (indagine che, seppur sommaria, pare aver compiuto in altre sedi³³), in assenza di riferimenti all'art. 81 Cost. e alla sua normativa d'attuazione³⁴, ma senza nemmeno spendere una parola sull'art. 72 Cost. Il disposto di quest'articolo (il suo ultimo comma in particolare) va ovviamente ponderato rispetto alle procedure previste dai regolamenti parlamentari, soprattutto in materia di leggi finanziarie³⁵; tuttavia, il giudice costituzionale omette completamente di farvi riferimento. Quello che invece fa è indicare il punto di bilanciamento, nato nella prassi parlamentare, che trova più opportuno, ovvero il coinvolgimento della commissione Finanze (si badi: della prima Camera investita del disegno di legge), in una funzione (praticamente) redigente. Nel giudizio sulla legge di bilancio, la prassi del voto di fiducia posto sul maxi-emendamento conservativo del testo elaborato dalla commissione viene sostanzialmente elevata al rango di consuetudine costituzionale fungente da parametro³⁶. Si tratta però di una prassi³⁷ che dovrebbe perlomeno impensierire la Corte³⁸, dal momento che la

³² Quale l'abbandono dei lavori della Commissione da parte delle minoranze, dopo il parere negativo del Governo sul complesso degli emendamenti. Tale atteggiamento viene valorizzato dalla Corte come un elemento che avrebbe contribuito a ridurre il dibattito; si tratta, però, di un'affermazione «pericolosa», poiché la reazione dell'opposizione ad una decisione che riteneva ingiusta non può essere utilizzata contro di lei per giustificare un abuso imputato alla maggioranza, salvo che simili condotte oppostive (specie ostruzionistiche) non trasmodino in reazioni palesemente eccessive e in sé antidemocratiche. La qual cosa va certamente esclusa nel caso di specie. Per qualche esempio al proposito, si veda, volendo, A. LAURO, *Dopo l'ordinanza n. 17*, cit., 177.

³³ È noto, ad esempio, il monito finale che l'[ord. n. 17/2019](#) ha rivolto al Senato rispetto alle sue norme regolamentari che avrebbero potuto rendere più agevole la strozzatura del dibattito (sul punto v. in senso critico A. CONTIERI, *Un monito inedito al Senato nell'ordinanza n. 17/2019*, in [Federalismi.it](#), n. 7/2019). Anche l'[ord. n. 275/2019](#) analizza l'osservanza delle norme regolamentari della Camera concernenti la questione di fiducia (art. 116) e il parere del Comitato per la legislazione in materia di omogeneità dei decreti-legge (art. 96-bis).

³⁴ Si pensa qui ai contenuti e all'organizzazione della legge di bilancio (redatta, tra l'altro, in «distinti articoli»), previsti dalla legge rinforzata n. 243/2012, adottata sulla base dell'ultimo comma dell'art. 81 Cost. Ma, anche in prospettiva diversa, si sarebbe potuto sottolineare il ruolo del Governo nel processo di bilancio, considerazione che avrebbe potuto parzialmente «giustificare» il carattere decisionista della procedura (così limitando le affermazioni della Corte alla sola materia di bilancio). Sul tema R. CHIEPPA, *Partendo dal comunicato della Corte costituzionale sull'inammissibilità del conflitto di attribuzioni sulla legge di bilancio 2019, brevi riflessioni sulla possibile giustiziabilità davanti alla Corte della stessa legge di bilancio, prima sezione*, in [Nomos](#), n. 1/2019.

³⁵ E la Corte lo sottolinea: nella materia finanziaria si applicano infatti le regole proprie della sessione di bilancio, il contingentamento dei tempi, il voto palese.

³⁶ Sebbene occorra ribadire con N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2019, 21, che «violazioni chiare ed evidenti, anche se di intensità variabile, dei diritti di parlamentari e dei principi costituzionali sul procedimento legislativo discendono da ogni caso di posizione della questione di fiducia su maxi-emendamenti».

³⁷ Cfr. Y. CITINO, *La "consolidata prassi" della questione di fiducia sul maxi-emendamento: osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17/2019*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2019, pag. 115 ss.

³⁸ Come già osservato in dottrina a proposito dei maxi-emendamenti con voto di fiducia: cfr. I. LOLLI, *Decreti-legge e disegni di legge: il Governo e la "sua" maggioranza*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3/2016, 29, che ritiene insoddisfacente «accontentar[si] del mero dato formale, senza tener conto della marcata divaricazione fra il nomen della

commissione viene legittimata – concretamente – ad operare in *sede redigente* e non già in *sede referente*, come una piana lettura dell'art. 72, comma 4, Cost., lascerebbe intendere. Ciò non esclude che questa stessa norma possa prestarsi ad un'interpretazione specifica per la legge di bilancio (il che non sarebbe affatto insostenibile)³⁹, però, se il giudice fosse di questo avviso, occorrerebbe quanto meno affermarlo ed argomentarlo.

Insomma, con una metafora tratta dai sistemi di *common law*, si potrebbe dire che la Corte costituzionale – in questo tipo di conflitti – sembra abbandonare la veste di *court of law*, per trasformarsi in una *court of equity*, prediligendo all'applicazione delle norme di diritto le esigenze di “equità politica” del caso concreto⁴⁰.

Non pertanto, questo approccio – chiudendo a disamine puntuali delle norme procedurali ritenute violate – potrebbe aprire ad una maggiore “flessibilità” nell'ammissibilità dei ricorsi: non perché si abbassi la soglia dell'evidenza (anzi, diventa più complesso cogliere quando una lesione divenga abbastanza grave da indurre la Corte a censurarla), quanto semmai per il fatto che ogni singolo parlamentare è dispensato dall'allegare precise e puntuali lesioni della *sua propria* dote costituzionale (cosa che, a rigor di logica, sarebbe imposta). Stando al “Considerato” di chiusura, l'eventuale squilibrio fra le esigenze del lavoro parlamentare si riverbera direttamente come lesione nella sfera dei membri delle Camere. Sicché se ne deduce che, per provare tale menomazione, “basta” che i parlamentari alleghino i vari momenti in cui il procedimento legislativo è stato condotto in maniera distorta, senza salvaguardare il contraddittorio politico.

Da un certo punto di vista, allora, si tenta di temperare l'impostazione “solipsistica” che sembrava emergere dall'[ord. n. 17/2019](#)⁴¹, dando spazio alle “ragioni collettive” dei parlamentari. Questa impostazione, d'altro canto, conferma l'assenza di un reale interesse a dar spazio – in un contenzioso legato al procedimento legislativo – alle azioni dei gruppi parlamentari. Viceversa, trattasi di un approccio che potrebbe validamente corroborare le azioni delle minoranze parlamentari di cui all'art. 72, comma 3.

3. *Purché se ne parli (in una sola Camera): quale “sostanza” per la funzione parlamentare?*

Un singolare argomento viene opposto ai deputati ricorrenti: la Camera «aveva discusso, emendato e approvato il decreto fiscale⁴², parte sostanziale esso stesso della manovra di bilancio, che il Senato avrebbe poi approvato senza discussione». Sul disegno di legge di bilancio, invece, le due assemblee hanno operato a parti invertite: insomma, la Camera già aveva dibattuto su una parte della manovra

sede in cui la commissione si riunisce (ed il procedimento ad esso collegato) e l'iter effettivamente seguito». V. DI PORTO, *La “problematica prassi” dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2015-2016, 114 sottolinea (in riferimento ai maxiemendamenti cd. conservativi) che tale prassi «valorizza in maniera inedita il ruolo delle Commissioni, attribuendo loro funzioni formalmente referenti e sostanzialmente redigenti, a scapito del plenum e delle altre Commissioni e dei deputati a queste ultime appartenenti».

³⁹ Ad esempio, si potrebbe arrivare ad una piena legittimazione della procedura redigente nel caso della legge di bilancio e consigliare così l'adozione di simile via da parte dei regolamenti parlamentari nelle loro sezioni dedicate alle sessioni di bilancio. La compatibilità di questa soluzione con l'art. 72, commi 3 e 4, Cost. è già stata autorevolmente sostenuta in passato: si veda. L. ELIA, voce *Commissioni parlamentari*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, 900 ss., e V. DI CIULO, voce *Procedimento legislativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, 948 ss.

⁴⁰ Sebbene, per continuare nella metafora, sembrando talvolta glissare su quei principi costituzionali che, nel nostro sistema, non sono disponibili e scavalcabili nemmeno nel caso di un giudizio d'equità (v. art. 113 c.p.c., come modificato a seguito della [sent. n. 206/2004](#)).

⁴¹ Come rileva A. ANZON DEMMIG, *Conflitto tra poteri dello Stato o ricorso individuale a tutela dei diritti?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2019, 183 ss., i limiti posti dalla Corte all'azione dei singoli sono sembrati più volti a garantire diritti individuali dei parlamentari, che non un controllo “oggettivo” sul procedimento legislativo. In questo senso, volendo, anche A. LAURO, *Dopo l'ordinanza n. 17*, cit., 156 ss.

⁴² Trattasi del d.l. 26 ottobre 2019, n. 124 (conv., con modif., nella l. 19 dicembre 2019, n. 157), in materia fiscale.

di bilancio⁴³, sicché la discussione della legge finanziaria poteva essere legittimamente ridotta ai minimi termini.

Sorgono molti dubbi al proposito.

Innanzitutto, che ne è dell'art. 70 Cost. e dell'esercizio collettivo della funzione legislativa da parte delle Camere? La Corte sembra qui avallare quel "monocameralismo di fatto" che il combinato disposto fra maxi-emendamento e questione di fiducia crea, soprattutto nel caso di conversione dei decreti-legge⁴⁴, e lo fa spogliandosi di ogni formalismo: l'importante è che vi sia stato un esame *sostanziale* del *complesso* della manovra di bilancio da parte di entrambi i rami del Parlamento.

Orbene, come già detto, è innegabile che alla legislazione di bilancio siano sottesi peculiari principi ed esigenze di particolare speditezza. Tuttavia, pare eccessivo arrivare all'affermazione che, in sostanza, le Camere possono spartirsi i "pezzi" della manovra finanziaria senza che questo non intacchi il corretto esercizio della funzione legislativa in materia di bilancio, siccome disegnata dalla Costituzione, dai regolamenti parlamentari e dalla normativa di attuazione dell'art. 81 Cost.

Risulta palese che i toni siano molto diversi da quelli dell'[ord. n. 17/2019](#), nella quale – è bene ricordarlo – la Corte comunque ribadiva⁴⁵ il ruolo fondamentale del Parlamento nella decisione di bilancio, anche alla luce della stessa evoluzione storica del parlamentarismo⁴⁶.

Si potrebbe azzardare che il giudice costituzionale espliciti qui una concezione del Parlamento e della sua funzione rappresentativa parzialmente diversa da quella espressa un anno prima⁴⁷.

Nell'[ord. n. 17](#) si sottolineava la necessità «che il ruolo riservato dalla Costituzione al Parlamento nel procedimento di formazione delle leggi sia non solo osservato nominalmente, ma rispettato nel suo significato sostanziale» e, in particolare, era da «massimamente preservare» la funzione legislativa degli organi parlamentari in tema di scelte di bilancio⁴⁸.

L'[ord. n. 60](#) sembra invece accentuare, più che la funzione legislativa nel processo di bilancio, una funzione generale di controllo, per la quale il ruolo del Parlamento può considerarsi rispettato nella misura in cui delle scelte di bilancio "s'è discusso"⁴⁹.

⁴³ Sull'invalsa prassi di ricorrere ai decreti legge c.d. "collegati", evitando la presentazione di disegni di legge collegati alla manovra (disciplinati gli artt. 123-bis r. C. e 126-bis r.S.) e, in generale, sul ricorso alla decretazione d'urgenza per realizzare la manovra di bilancio si vedano la ricostruzione e le critiche di C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, 2014, 21 ss.

⁴⁴ Sul punto, anche con dati quantitativi, si veda E. LONGO, *La legge precaria: le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, 200 ss.

⁴⁵ M. MANETTI, *La tutela delle minoranze*, cit., 611 ss., rileva anche per quest'ordinanza una scissione fra le due parti dell'ordinanza: da un lato «un impeccabile panegirico del principio di partecipazione ai lavori parlamentari, quale riflesso del principio di rappresentanza politica» (611), seguito da una seconda parte «con taglio caudico e insieme perplesso» (612).

⁴⁶ Sintetizzabile con le parole di A. D'ANDREA, *La funzione parlamentare*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, 3: «Il Parlamento, pertanto, proprio in virtù della sua "genetica" capacità rappresentativa dell'intera comunità nazionale, agisce prima di tutto sul versante della forma di Stato: esso è un organo che sprigiona dal basso potere decisionale e lo indirizza verso l'autorità chiamata a governare dall'alto la comunità nazionale, condizionandone l'azione» e quindi «il terreno di elezione nel quale si concretizza la funzione parlamentare è la produzione normativa di carattere primario».

⁴⁷ M. MANETTI, *La tutela delle minoranze*, cit., 612: «Nella vicenda si riflette la crisi dell'ideologia della governabilità: una volta ripudiata da alcuni di coloro che in passato l'hanno sostenuta, essa appare oggi più vulnerabile al sindacato della Corte, che si mostra pronta a concretizzare i segnali già lanciati in proposito».

⁴⁸ G. TARLI BARBIERI, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. 9/1959: una nuova «storica (ma insoddisfacente) sentenza?»*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019, 11, osserva che «uno dei meriti principali dell'[ord. 17/2019](#) è quello di riaffermare (sia pure, nel caso di specie, senza trarne tutte le implicazioni) la centralità dei contenuti dell'art. 72 Cost. dai quali si evince che "il procedimento legislativo è certo quello che perviene alla decisione assumendo il massimo di garanzie"».

⁴⁹ L'affermazione sembra echeggiare quanto recentemente è stato ribadito in dottrina, rispetto alla titolarità della funzione legislativa in capo al Parlamento, che risulta essere una finzione dovuta alla tradizione illuministica, quando invece la dignità dell'Assemblea risiede nella sua essenza di "forum deliberativo": cfr. M. FRAU, *Brevi spunti comparativi per una teoria della funzione parlamentare, tra debating forum et pouvoir représentatif*, in *Nomos*, n. 3/2019. Ma come questa stessa dottrina afferma, la natura di forum deliberativo propria del Parlamento impone, semmai, la necessità che «il suo contributo alla formazione delle leggi non [possa] ridursi alla mera approvazione (a «un sì o un no») di una

Ed è altrettanto curioso osservare che queste due diverse visioni si costruiscono attorno ad un diverso concetto dell'*esercizio sostanziale* della funzione parlamentare.

Nell'un caso, tale sostanzialità imporrebbe un maggior rispetto delle procedure legislative delineate dalla Costituzione ([ord. n. 17](#)). Nell'altro caso, il fatto che, nella sostanza, la Camera avesse avuto contezza degli indirizzi politici di bilancio proposti dal Governo, rende cedevole un controllo rigoroso del procedimento legislativo intrapreso.

Questa brusca oscillazione fra la doppia anima della Corte⁵⁰ – che tanto prepotentemente emerge comparando le affermazioni delle due pronunce – è segnalata anche da un'ulteriore affermazione dell'[ord. del 2020](#), nella quale si arriva a statuire che «*in nessun caso sarebbe sindacabile [dalla] Corte la questione di fiducia ai fini dell'approvazione senza emendamenti di un disegno di legge in seconda lettura*».

Serpeggia anche in questo proposito l'idea che il rispetto del Parlamento e del bicameralismo sia soddisfatto dalla mera possibilità che lì si discuta, a prescindere dalla “paternità” delle norme, confezionate altrove e sulle quali l'intervento effettivo di una sola Camera risulta bastevole.

È un'affermazione forse troppo audace, anche in riferimento al ruolo della Corte costituzionale, cui compete – innanzitutto – fissare limiti al potere politico della maggioranza. È pur vero che il *dictum* potrebbe essere interpretato *a contrario*: potremmo così ipotizzare che, viceversa, in prima lettura la Corte potrebbe sindacare lo strozzamento della deliberazione parlamentare ad opera della questione di fiducia o, ancora, che anche in seconda lettura la questione di fiducia potrebbe costituire un abuso, se utilizzata a fini diversi (ad esempio, per evitare voti segreti o voti per parti separate, pur in assenza di emendamenti). Resta però il fatto che sono ipotizzabili situazioni in cui la questione di fiducia viene posta sia in prima, che in seconda lettura e allora sorge un dubbio: varrebbe o no l'enunciazione di principio della Corte?

Ma di là dagli scenari più o meno futuribili, la Corte si auto-appone un ulteriore limite, che sembra plasmato sul principio di cui all'art. 28 della legge n. 87/1953. Bisogna però rimarcare che tale limitazione normativa al controllo della Corte vale, si noti, sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge e dunque il sindacato costituzionale dovrebbe arrestarsi laddove *il Parlamento* esercita la sua discrezionalità politica nel merito di scelte che siano costituzionalmente compatibili. Ma ciò non esclude affatto che il giudice costituzionale possa (e se interrogato, debba) verificare il procedimento con cui tali atti sono approvati, tanto più se metà del Parlamento viene sostanzialmente estromessa dalla loro formazione. Di più, in ossequio a questo principio, la Corte dovrebbe essere assai circospetta nell'esimersi dal vagliare il rispetto di determinate regole procedurali, perché, paradossalmente, arriverebbe proprio ad esercitare un sindacato politico sull'opportunità (di volta in volta giustificata o meno) di alterare la procedura parlamentare⁵¹.

4. Concludendo: una giurisprudenza che dubita di sé stessa (con degli attori politico-processuali che non aiutano...)

La Corte pare poco decisa: da un lato, era divenuto imprescindibile d'approntare un rimedio per rendere giustiziabili gli abusi più evidenti del procedimento legislativo, data la virulenza con la quale

proposta da altri avanzata, ma deve sempre poter concorrere a determinare, a mezzo della libera discussione parlamentare, i contenuti della legislazione» (*ibid.*, 20).

⁵⁰ Sul tema, si vedano i contributi raccolti in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: le oscillazioni tra l' "anima politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017.

⁵¹ Come rilevato rispetto all'interpretazione del requisito della manifesta violazione: cfr. A. FIORENTINO, *La legittimazione attiva dei singoli parlamentari e la sua sottoposizione al test delle "violazioni manifeste"*. *Riflessioni a margine dell'ord. n. 17/2019 della Corte costituzionale*, in [Nomos](#), n. 2/2019, 18: «il requisito delle "violazioni manifeste" che la Corte richiede ai fini dell'ammissibilità del conflitto sembra fondare una discrezionalità di intervento che, considerato anche lo svolgimento inaudita altera parte della deliberazione di ammissibilità, potrebbe apparire troppo ampia persino per un organo non estraneo a valutazioni di opportunità⁵⁹, cui peraltro dovrebbe restare del tutto indifferente l'evanescente distinzione fra il carattere semplice o manifesto delle violazioni».

i “peggiori precedenti”⁵² del diritto parlamentare hanno saputo riproporsi nel tempo, nella piena acquiescenza delle forze politiche, come gli stessi giudici costituzionali hanno rilevato⁵³.

Dall’altro lato, la Corte si trova ad avanzare ondivaga fra diverse esigenze, spesso richiedenti una dose di pragmatismo decisionale tale da obliterare le buone ragioni giuridico- astratte che pure possono avanzarsi di volta in volta⁵⁴. Il risultato è una giurisprudenza che – sebbene ancora molto ridotta – già confonde il lettore. Oltre al raffronto fra i toni nettamente diversi dell’[ord. n. 17](#) (di cui è opportuno ricordare il monito finale) dalla successiva [n. 60](#), basti pensare alle altre due ordinanze del 2019. Nell’[ord. 274](#), si afferma – a modesto avviso di chi scrive, condivisibilmente⁵⁵, salvo un *caveat*⁵⁶ – che «*la palese estraneità delle disposizioni introdotte in fase di conversione potrebbe costituire un vizio procedimentale di gravità tale da determinare una menomazione delle prerogative costituzionali dei singoli parlamentari*». Nella [n. 275](#) (depositata lo stesso giorno) il tema appare invece «*impregiudicato*». E, ancora, in quest’ultima pronuncia i riferimenti alla questione di fiducia non sembrano permissivi nella stessa misura di quanto invece si legge nell’[ord. n. 60](#)⁵⁷. Procedendo un po’ in ordine sparso, viene il sospetto che la Corte non abbia interesse a consolidare la propria giurisprudenza, in attesa di azioni più serie⁵⁸, che la mettano in una condizione tale da poter decidere

⁵² La dottrina ha sottolineato in diverse occasioni «l’inseguimento del peggio precedente»: v. N. LUPO, *Il diritto parlamentare tra regolamenti e precedenti: qualche spunto alla luce della disposizione finale della riforma “organica” del regolamento del Senato*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2018, 5 (nota 15 per altri contributi in cui l’A. vi ha fatto riferimento).

⁵³ [Ord. 17/2019](#), punto 4.3. del *Considerato in diritto*: «se ne è fatto frequente uso sin dalla metà degli anni Novanta anche per l’approvazione delle manovre di bilancio da parte dei governi di ogni composizione politica».

⁵⁴ P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale*, cit., 54 osserva, rispetto all’apertura contenuta nell’[ord. 17/2019](#) «si è avvertita l’esigenza di assicurare al giudice costituzionale la possibilità di intervenire di fronte a violazioni gravi(ssime) della Costituzione, donde l’apertura per quel che concerne i profili soggettivi del conflitto. Per altro verso, però, si è tenuto conto anche del rischio di «ingolfamento» della Corte, per il tramite di una moltiplicazione di ricorsi, magari per irregolarità di non particolare gravità. Il bilanciamento tra queste due esigenze [...] è espressione dell’attenzione che la Corte ha mostrato per la funzionalità del sistema di giustizia costituzionale, e cioè, in ultima analisi, per la salvaguardia del principio di costituzionalità nell’ordinamento».

⁵⁵ Di fatti, l’inserimento di una disposizione estranea all’interno della legge di conversione ha, sì, un effetto sulle prerogative dei parlamentari, nella misura in cui consente di obliterare l’iter legislativo ordinario che si sarebbe reso necessario per esaminare un separato disegno di legge in materia che, invece, viene all’occorrenza condensato in un emendamento e introdotto come articolo aggiuntivo al decreto-legge da convertire. In particolare, risulta evidente che questo modo di procedere amputa la fase istruttoria in Commissione referente, impedendo anche una migliore ponderazione degli effetti che la norma andrà a produrre e, più in generale, restringendo i tempi di dibattito e approfondimento che sono in teoria dedicabili ad un disegno di legge integrale, diversamente da un singolo emendamento. Per una tesi parzialmente diversa da quella qui sostenuta, che sottolinea in particolare la natura residuale del conflitto, anche per evitare di trasformarlo in un ricorso di costituzionalità diretto contro atti aventi forza di legge v. R. DICKMANN, *L’illegittimità delle norme intrusive*, cit., 159.

⁵⁶ Va infatti segnalato, per converso, che il potere emendativo del Parlamento in relazione al disegno di legge di conversione non può essere eccessivamente ridotto, perché così facendo, nell’intento di scongiurare l’abusato ricorso alla decretazione d’urgenza, si starebbe consegnando un eccessivo potere al Governo sia nel limitare l’ambito dell’esame parlamentare, sia, per di più, nel gestire sostanzialmente il calendario parlamentare tramite lo spacchettamento dei decreti-legge (l’ha riconosciuto anche la Corte: v. [sent. n. 32/2014](#)). Una rigorosa verifica dell’estraneità di determinate disposizioni rispetto al decreto d’urgenza potrebbe dunque, paradossalmente, sottrarre spazi ai parlamentari per esercitare le loro prerogative (in particolare le loro facoltà di emendamento). Sul punto, si v. G. FILIPPETTA, *L’emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2012.

⁵⁷ Diversamente dall’ordinanza qui in commento, la precedente passa infatti sotto osservazione il rispetto delle norme regolamentari sulla questione di fiducia.

⁵⁸ La relazione della Presidente Cartabia lascia in effetti intendere che la Corte voglia prestare maggiore attenzione sulle modalità con cui viene condotto il procedimento legislativo: M. CARTABIA, [Relazione sull’attività della Corte nel 2019](#), 9: «Tuttavia la cornice processuale per un’attenta vigilanza sul rispetto dei principi costituzionali relativi al procedimento legislativo è stata tracciata e successivamente attivata in ulteriori giudizi». C’è peraltro da chiedersi se l’attuale situazione emergenziale – che evidentemente favorisce un protagonismo del Governo ancora più esasperato – non possa essere all’origine di nuove azioni da parte dei parlamentari. A questo proposito risuonano come un monito le parole della Presidente: «Nella Carta costituzionale non si rinvergono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell’assetto dei poteri» (*ibid.*, 25).

in maniera coerente, senza, per esempio, annullare il bilancio dello Stato⁵⁹. V'è da dire che, in quest'ottica, gli attori del processo costituzionale non la stanno aiutando.

Tralasciando le evidenti convenienze politiche delle parti (emblematicamente rappresentate dall'inversione dei ricorrenti – corrispondente al mutamento di maggioranza parlamentare – dal 2019 al 2020⁶⁰), la Corte ha segnalato ancora le carenze degli atti introduttivi ([ordd. n. 274](#) e [275](#))⁶¹ e nell'ultima decisione sembra sottolineare che, se la legge di bilancio per il 2019 era stata graziata – sebbene con le non irrilevanti osservazioni svolte – era davvero poco probabile che intervenisse su quella per il 2020, data l'evidente minore gravità delle (pur innegabili) distorsioni procedurali registrate.

Trattandosi, insomma, di ricorsi connotati da evidenti intenti dimostrativi⁶², il giudice costituzionale sembra concedersi un minor rigore nella costruzione della sua giurisprudenza.

Ciò, però, non è un bene, poiché si continua a permettere l'utilizzo dei principi costituzionali in materia di procedimento legislativo alla stregua di norme disponibili. Ed è noto che, come insegnano molte massime, più aumenta il disordine, più difficile diviene il cambiamento, anche (soprattutto) quello positivo.

⁵⁹ Sul problema v. E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2019, 165 ss.

⁶⁰ Sulle vicende politico-istituzionali degli ultimi due anni, sia consentito rinviare a A. LAURO, *La declinazione del sistema parlamentare italiano nella XVIII legislatura. Il mutamento della maggioranza parlamentare e la conferma del Presidente del Consiglio*, Bari, 2020.

⁶¹ Si v. C.P. GUARINI, *La Corte costituzionale ancora su conflitti tra poteri*, cit., 156.

⁶² Dallo stesso difetto sembrano pure affetti i conflitti al vaglio della Corte, ma le quali decisioni non sono ancora pubblicate, che si segnalano, però, per non avere attinenza con vizi del procedimento legislativo, concernendo piuttosto lo *status* generale del parlamentare. Il primo è il ricorso presentato dal deputato Cosimo Ferri (che ha denunciato l'utilizzo di intercettazioni indirette per giustificare un'azione disciplinare del CSM, in quanto magistrato, ai suoi danni), oggetto della Camera di Consiglio dell'11 marzo 2020. Vertendosi in tema di immunità parlamentari e ricadendo nell'ambito dell'art. 68, comma 3, Cost., il potere coinvolto dovrebbe essere la Camera di appartenenza (come da pacifica giurisprudenza in tema di immunità parlamentari: v. [ord. n. 177/1998](#)). Non ne va diversamente del conflitto sollevato dal senatore De Falco (trattato nella Camera di Consiglio dell'8 aprile) contro l'attribuzione di un seggio senatoriale alla lista del M5S in Umbria, dopo l'esaurimento dei candidati nelle liste della regione Sicilia, cui il seggio sarebbe spettato (per un inquadramento della vicenda, volendo: A. LAURO, *La declinazione del sistema parlamentare*, cit., 91 ss.).

Raffaele Gargiulo
Il processo costituzionale telematico: prospettive *

ABSTRACT: *The paper The Constitutional Court has already addressed the electronic process relating to the regulation of the timing of PEC notifications in the civil trial. For some time now, the Court has been committed to studying the use of technologies for its own trial. The implementation of this type of process presupposes the preliminary modification of the regulatory rules. In this perspective, the study investigates the legal and technical profiles of the problem.*

SOMMARIO: 1. La legislazione vigente in tema di processo costituzionale. – 2. La Corte costituzionale e le questioni in tema di notifiche a mezzo PEC. – 3. Il processo costituzionale telematico: prospettive. – 4. L'interoperabilità.

1. *La legislazione vigente in tema di processo costituzionale.*

Le fonti normative che regolano l'attuale processo costituzionale sono rappresentate, essenzialmente, oltre che dalla Costituzione e da alcune leggi costituzionali (ad es., [la legge costituzionale n. 1 del 1948 recante «norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale»](#)), dalla [legge 1° marzo 1953, n. 87 \(norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale\)](#) e dalle [Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale](#) (il cui testo è stato approvato dalla Corte costituzionale il 7 ottobre 2008 ed è stato pubblicato sulla *G.U.* n. 261 del 7 novembre 2008)¹.

Particolare rilievo assume in materia l'art. 22 della legge n. 87 del 1953, secondo cui nel procedimento davanti alla Corte costituzionale, salvo che per i giudizi sulle accuse di cui agli articoli 43 e seguenti², si osservano, in quanto applicabili anche le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (comma 1).

Il richiamato primo comma dell'art. 22 opera un rinvio dinamico alle «norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale», che deve intendersi ora riferito a quelle del codice del processo amministrativo, approvato dall'art. 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo), nel cui ambito opera, ormai, dal 2017, il c.d. processo amministrativo telematico. Tale processo è regolato specificamente anche dall'Allegato 2 al citato d.lgs. n. 104 del 2010 e dal d.p.c.m. 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico)³. Il rinvio dell'art. 22 deve intendersi dunque anche alle norme riguardanti il processo telematico amministrativo, in quanto applicabili.

Il secondo comma del citato art. 22, secondo cui «Norme integrative possono essere stabilite dalla Corte nel suo regolamento», richiama le norme integrative adottabili dalla Corte. Quelle attualmente vigenti risalgono al 2008.

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Ulteriori fonti sono rappresentate dalle Norme integrative per i giudizi di accusa davanti alla Corte costituzionale (Delibera 27 novembre 1962 della Corte costituzionale, pubblicate sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 320 del 15 dicembre 1962), dal Regolamento per la Cancelleria (deliberato dalla Corte costituzionale il 10 maggio 1971 e succ. modifiche) e dal Regolamento dei servizi e del personale.

² Gli articoli indicati sono stati abrogati dalla legge 25 gennaio 1962, n. 20.

³ L'art. 13 delle disp. att. del c.p.a., come da ultimo novellato dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168, Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la Giustizia amministrativa, convertito con modificazioni nella legge 25 ottobre 2016, n. 197, affida ad un decreto del presidente del consiglio dei ministri il compito di redigere le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico. Il d.p.c.m. 16 febbraio 2016, n. 40, cui sono allegati anche le "specifiche tecniche" previste dall'art. 19 del medesimo decreto, è entrato in vigore il 5 aprile 2016. In forza dell'art. 13, comma 1-ter, disp. att. c.p.a., come novellato dal d.l. n. 168 del 2016, il PAT è divenuto obbligatorio, davanti ai TAR e al Consiglio di Stato, a decorrere dal 1° gennaio 2017.

Particolare rilievo assume, in base alla legislazione vigente, l'art. 5 delle norme integrative, il quale disciplina le notificazioni e comunicazioni da effettuarsi a cura della cancelleria della Corte. Per quanto riguarda le notificazioni, si prevede che esse sono effettuate da persona addetta alla Corte, a ciò autorizzata dal Presidente (comma 1). Le comunicazioni sono invece eseguite dal cancelliere con biglietto consegnato al destinatario, che ne rilascia ricevuta, o con piego raccomandato, con ricevuta di ritorno, al domicilio eletto in Roma, ovvero, se richiesto dalla parte, a mezzo telefax o posta elettronica inviati al recapito indicato dal richiedente nel rispetto della normativa concernente i documenti informatici e teletrasmessi. In tale ultimo caso non è richiesta l'elezione di domicilio in Roma (comma 2).

La peculiarità di tale articolo consiste nel fatto che si consente, limitatamente alle comunicazioni, l'invio per "posta elettronica", senza ulteriore specificazione, e si richiama la normativa concernente i documenti informatici, da intendersi quella prevista dal c.d. CAD, vale a dire del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale), presupposta dallo stesso PAT nell'art. 1, comma 1, lettera m) del d.p.c.m. n. 40 del 2016⁴.

In virtù del richiamo operato dall'art. 22 della legge n. 87 del 1953, alla normativa regolamentare del processo amministrativo, va rilevato che secondo l'art. 13, comma 1, del d.p.c.m. n. 40 del 2016, c.d. PAT, «*le comunicazioni di Segreteria nei confronti di qualsiasi soggetto tenuto per legge a dotarsi di PEC sono effettuate esclusivamente con modalità telematiche, avvalendosi di funzionalità disponibili nel sistema informatico, agli indirizzi PEC individuali risultanti dai pubblici elenchi*».⁵

⁴ La dottrina ha precisato che ogni qualvolta le disposizioni in tema di processo telematico richiamano istituti quali la firma digitale, la posta elettronica certificata, il documento o il fascicolo informatico essi non possono che fare riferimento (sia ciò esplicitato o meno) alle corrispondenti definizioni del CAD (C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Il processo amministrativo telematico*, Rimini, 2017). Ed invero l'art. 2, comma 6, ultimo periodo del CAD prevede che «Le disposizioni del presente Codice si applicano al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico».

⁵ In base agli ulteriori commi, qui rilevanti, «2. *Le comunicazioni nei confronti delle pubbliche amministrazioni non costituite in giudizio sono effettuate esclusivamente a mezzo PEC utilizzando gli indirizzi PEC del Registro delle PP.AA. L'accesso ai Registri formati e gestiti presso il Ministero della giustizia nonché presso il Ministero dello sviluppo economico avviene previo accordo e con le modalità tecniche concordate con i medesimi Ministeri. 3. Alle comunicazioni a mezzo PEC nei confronti dell'Avvocatura dello Stato o di altri soggetti pubblici si procede in cooperazione applicativa, ai sensi dell'articolo 47, comma 1, del CAD.*

4. *In tutti i casi in cui il codice del processo amministrativo prevede che sia data comunicazione del provvedimento giurisdizionale, questa avviene mediante messaggio PEC contenente gli estremi del provvedimento e l'indicazione che il provvedimento è visualizzabile nel fascicolo informatico e, comunque, nell'area pubblica del Sito istituzionale della Giustizia Amministrativa*».

Recentemente il Consiglio di Stato è intervenuto nella materia, precisando che nel PAT, deve ritenersi che la PEC da utilizzare per la rituale partecipazione del ricorso alle Amministrazioni pubbliche sia esclusivamente quella tratta dall'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia. Nell'occasione ha però precisato che le oscillazioni giurisprudenziali rendono doveroso rimettere in termini il ricorrente che, per errore scusabile, ha effettuato la notifica presso un indirizzo PEC diverso (Consiglio di Stato, sez. III, 22 ottobre 2019, n. 7170).

In particolare, il Consiglio di Stato, nella citata pronuncia, ha affermato che «*Sul punto, dalla lettura sistemica delle disposizioni normative, di fonte primaria e secondaria, che disciplinano le notifiche a mezzo PEC in ambito PAT, deve ritenersi che la PEC da utilizzare per la rituale partecipazione del ricorso alle Amministrazioni pubbliche sia quella tratta dall'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia, di cui all'art. 16, comma 12, del D.L. n. 179 del 2012. Segnatamente, l'art. 14, comma 2, del D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (...) prevede che le notificazioni alle amministrazioni non costituite in giudizio sono eseguite agli indirizzi PEC di cui all'art. 16, comma 12, del D.L. n. 179 del 2012, conv. in L. n. 221/2012, fermo quanto previsto dal regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611. Ai sensi del suddetto comma 12, dell'art. 16 del D.L. n. 179 del 2012, nel testo risultante dalla modifica operata col D.L. n. 90 del 2014, convertito dalla L. n. 114 del 2014, le amministrazioni pubbliche dovevano comunicare, entro il 30 novembre 2014, al Ministero della Giustizia l'indirizzo PEC valido ai fini della notifica telematica nei loro confronti, da inserire in un apposito elenco. Ciò in conformità con quanto previsto dal comma 1 bis dell'art. 16 ter del medesimo D.L. n. 179 (2012) (aggiunto dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in L. 11 agosto 2014, n. 114) che ha reso applicabile alla giustizia amministrativa il comma 1 dello stesso art. 16 ter. Tale ultima disposizione, nella versione vigente, prevede che " a decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 6-bis, 6-quater e 62 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, dall'articolo 16, comma 12, del presente decreto, dall'articolo 16, comma 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, nonché*

Proprio in base all'art. 22 della legge n. 87 del 1953 e all'art. 5 delle citate norme integrative, attualmente le comunicazioni effettuate dalla cancelleria della Corte costituzionale ai difensori, che hanno indicato un indirizzo PEC, avvengono da parte della cancelleria a mezzo PEC⁶.

il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia". E', dunque, di tutta evidenza l'opzione del legislatore di conferire il predicato della ritualità della notifica telematica solo se effettuata presso gli indirizzi mutuati da elenchi ben individuati escludendo, dunque, in apice, ogni forma di equipollenza (cfr. Cassazione civile sez. VI, 27/06/2019, n.17346; Cass. civ. Sez. VI – Lavoro Ord., 25/05/2018, n. 13224; Cass. civ. Sez. VI – 1 Ord., 11/05/2018, n. 11574; CdS Sez III 6178 del 29.12.2017; Sez III n. 197 del 20.1.2016; Cons. giust. amm. Sicilia, 12/04/2018, n. 217; CdS 5891 del 13.12.2017). D'altro canto, ha indubbio fondamento l'esigenza di certezza sottesa alla richiamata disciplina, trattandosi di adempimenti che si pongono a presidio dell'effettività del contraddittorio siccome funzionali ad una tempestiva ed efficace organizzazione della linea difensiva delle Amministrazioni intime. In ragione di quanto fin qui evidenziato nemmeno l'indirizzo PEC risultante dal registro IPA può ritenersi valido ai fini della notifica degli atti giudiziari alle P.A. Il registro IPA, di cui all'art. 16, comma 8, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, conv. in L. n. 2 del 2009, non viene, infatti, più espressamente menzionato tra i pubblici elenchi dai quali estrarre gli indirizzi PEC ai fini della notifica degli atti giudiziari. In particolare, l'elenco l'IPA era inizialmente equiparato agli elenchi pubblici dai quali poter acquisire gli indirizzi PEC validi per le notifiche telematiche dall'art. 16 ter D.L. n. 179 del 2012, ma tale equiparazione è attualmente venuta meno in seguito alla modifica di tale disposizione. Stessa conclusione di inidoneità va replicata, per le medesime ragioni suesposte, per gli indirizzi internet indicati nei siti dell'amministrazione, che non trovano autonoma legittimazione normativa ai fini delle notifiche degli atti giudiziari. Ciò nondimeno, nemmeno può essere obliterato come l'esegesi della suddetta disciplina abbia avuto approdi non sempre univoci in giurisprudenza, rinvenendosi anche indirizzi inclini a riconoscere validità della notifica a mezzo posta elettronica certificata del ricorso effettuata all'amministrazione all'indirizzo tratto dall'elenco presso l'Indice PA vieppiù se l'amministrazione pubblica destinataria della notificazione telematica sia rimasta inadempiente all'obbligo di comunicare altro e diverso indirizzo PEC da inserire nell'elenco pubblico tenuto dal Ministero della Giustizia. (cfr. ad esempio, di recente, Consiglio di Stato sez. III, 27/02/2019, n.1379; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 12 dicembre 2018 n. 7026). Orbene, in siffatte evenienze, contraddistinte dalla evidenziata oscillazione giurisprudenziale, non può che accordarsi il beneficio della rimessione in termini ex articolo 37 del c.p.a., registrandosi, in definitiva, pur nel rigore valutativo qui esigibile, oggettive ragioni di incertezza sulla questione di diritto suesposta. Va, dunque, rilevata l'erroneità della sentenza di primo grado che, senza concedere tale facoltà, ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso. Il giudice di prime cure avrebbe, dunque, dovuto riconoscere l'errore scusabile e consentire alla parte ricorrente di poter rinnovare la notifica del ricorso all'Amministrazione intimata, evocandola in giudizio questa volta mediante una rituale partecipazione del ricorso all'indirizzo corretto».

Va rilevato che nell'ambito del processo tributario telematico, c.d. PTT, gli indirizzi PEC per le notifiche sono rappresentati da quelli: INI-PEC: soggetti privati (tale elenco è stato istituito dall'articolo 6-bis del CAD, il quale ha sancito la creazione dell'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata, a partire dagli elenchi di indirizzi PEC già registrati presso il Registro delle Imprese e gli Ordini o Collegi professionali di appartenenza dei singoli professionisti, come previsto dall'articolo 16 del decreto legge 29 novembre 2008, n.185; esso è gestito dal Ministero dello Sviluppo economico). e Indice-PA: enti impositori e soggetti della riscossione. Non si applica nel PTT il REGINDE gestito dal Ministero della giustizia (v. giustiziatributaria.gov.it).

⁶ La Posta Elettronica Certificata (PEC) è il sistema che consente di inviare e-mail con valore legale equiparato ad una raccomandata con ricevuta di ritorno (d.p.r. 11 febbraio 2005 n. 68). Il termine "Certificata" si riferisce al fatto che il gestore del servizio rilascia al mittente una ricevuta (con attestazione di data e ora) che costituisce prova legale dell'avvenuta spedizione del messaggio ed eventuali allegati, mentre il gestore della casella PEC del destinatario invia al mittente la ricevuta di avvenuta/mancata consegna. Contrariamente alla posta elettronica ordinaria, la PEC è in grado di garantire provenienza, integrità del contenuto e il riferimento temporale. Le fonti di riferimento sono rappresentate: dal decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005 n. 68; dal decreto 2 novembre 2005 del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie, nel quale vengono determinate le regole tecniche per la formazione, la trasmissione e la validazione, anche temporale, della posta elettronica certificata; dalla Circolare CNIPA del 24 novembre 2005 n. 49, nella quale si indicano le modalità per presentare domanda di accreditamento nell'elenco pubblico dei Gestori di PEC da parte dei soggetti pubblici e privati che intendono esercitare tale servizio; dal Codice dell'Amministrazione Digitale (Decreto Legislativo 82/2005 da ultimo modificato dal decreto legislativo 13 dicembre 2017 n. 217; il decreto legge 185/2008 che rende la PEC obbligatoria dal 29.11.2009 per tutti i professionisti iscritti in albi e per le società (per queste ultime obbligo ribadito dal Ministero dello Sviluppo economico con la Circolare 3 novembre 2011, n. 3645); dal decreto legge 179/12 con il quale si dispone l'obbligo per le nuove imprese individuali che si iscrivevano al registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane di comunicare all'atto di iscrizione il loro indirizzo PEC (per le imprese comunicazione indirizzi PEC nel registro delle imprese, entro il 30/06/2013); dal decreto legge 90/2014 dal quale si origina l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di dotarsi ed indicare, nel pubblico elenco gestito dal Ministero della Giustizia, il proprio indirizzo PEC. A seguito delle modifiche apportate al Codice dell'Amministrazione Digitale dall'art. 65 del decreto legislativo 13 dicembre 2017 n. 217, l'articolo 48, contenente disposizioni sulla PEC, verrà abrogato dal 1° gennaio 2019. Esso prevedeva: Art. 48 (Posta elettronica certificata) 1. La trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di

Ad oggi le pronunce della Corte costituzionale, sulla base del citato art. 5 (e delle Convenzioni *ad hoc* stipulate dalla Corte, su cui v. *infra*), sono già inviate tramite pec, in formato PDF⁷, firmate digitalmente, ai destinatari istituzionali (Camera, Senato, Ministero della Giustizia, Gazzetta Ufficiale). Inoltre, il testo delle pronunce è trasmesso all'UPLD (Ufficio pubblicazione leggi e decreti) per la pubblicazione in *Gazzetta* tramite un applicativo messo a disposizione dall'Istituto poligrafico dello Stato che recepisce il testo delle pronunce nei formati PDF e XML.

una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna avviene mediante la posta elettronica certificata ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, o mediante altre soluzioni tecnologiche individuate con le Linee guida. 2. La trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata ai sensi del comma 1, equivale, salvo che la legge disponga diversamente, alla notificazione per mezzo della posta. 3. La data e l'ora di trasmissione e di ricezione di un documento informatico trasmesso ai sensi del comma 1 sono opponibili ai terzi se conformi alle disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, ed alle relative regole tecniche, ovvero conformi alle Linee guida. Ciò però non significa che la PEC non sarà più riconosciuta e quindi utilizzabile come veicolo legale di comunicazione tra i soggetti della stessa muniti o nel mondo giustizia in quanto la sua efficacia continuerà ad essere garantita, in tutte le sue applicazioni, dall'articolo 6, comma 1 del CAD. Esso (rubricato Utilizzo del domicilio digitale) prevede, infatti, «1. Le comunicazioni tramite i domicili digitali sono effettuate agli indirizzi inseriti negli elenchi di cui agli articoli 6-bis, 6-ter e 6-quater, o a quello eletto come domicilio speciale per determinati atti o affari ai sensi dell'articolo 3-bis, comma 4-quinquies. Le comunicazioni elettroniche trasmesse ad uno dei domicili digitali di cui all'articolo 3-bis producono, quanto al momento della spedizione e del ricevimento, gli stessi effetti giuridici delle comunicazioni a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno ed equivalgono alla notificazione per mezzo della posta salvo che la legge disponga diversamente. Le suddette comunicazioni si intendono spedite dal mittente se inviate al proprio gestore e si intendono consegnate se rese disponibili al domicilio digitale del destinatario, salva la prova che la mancata consegna sia dovuta a fatto non imputabile al destinatario medesimo. La data e l'ora di trasmissione e ricezione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida».

Giova ricordare che lo standard utilizzato per la PEC non è riconosciuto, però, a livello internazionale, e tale dato ha sollevato criticità in ordine all'interoperabilità di questo mezzo di comunicazione con gli altri strumenti attualmente esistenti all'estero.

Il sistema della Posta Elettronica Certificata presenta infatti delle caratteristiche del tutto originali nel contesto europeo. Di conseguenza, tale strumento può essere validamente utilizzato, riconoscendo valore legale alla trasmissione della comunicazione, soltanto a condizione che il destinatario sia munito, a sua volta, di un valido indirizzo di Posta Elettronica Certificata. Il panorama europeo, dall'altro lato, è attualmente molto disomogeneo su questo fronte. Da un lato, infatti, esiste una variegata tipologia di sistemi simili alla PEC nostrana, operanti negli altri Stati membri dell'UE. Dall'altro lato, si tratta di sistemi che, prevalentemente, non sono interoperabili con quelli degli altri Stati, in quanto sviluppati e predisposti per operare esclusivamente nell'ambito dei territori nazionali.

Per cercare di superare questo isolamento, l'Unione Europea ha emanato il Regolamento (UE) n. 910 del 23 luglio 2014 (2014/910/UE), denominato eIDAS. Si tratta di un provvedimento che rappresenta un approdo normativo importante verso l'obiettivo del Mercato unico digitale, con l'ambizione di delineare un definitivo quadro di riferimento in vista di una fruttuosa interoperabilità delle transazioni elettroniche. Il Regolamento è in vigore a partire dal settembre del 2014, ha trovato concreta applicazione soltanto dal luglio del 2016. Un'altra data importante dovrebbe però essere il prossimo 29 settembre 2018, quando diventerà obbligatorio nel territorio europeo il riconoscimento transfrontaliero dei sistemi di identificazione elettronica notificati dagli Stati membri. Il regolamento europeo ha introdotto i cosiddetti "servizi elettronici di recapito certificato", comunemente richiamati con l'acronico "RED". Con tale espressione, di cui troviamo una definizione all'art. 3, comma 1, n. 36, si fa riferimento al "servizio che consente la trasmissione di dati fra terzi per via elettronica e fornisce prove relative al trattamento dei dati trasmessi, fra cui prove dell'avvenuto invio e dell'avvenuta ricezione dei dati, e protegge i dati trasmessi dal rischio di perdita, furto danni o di modifiche non autorizzate". L'art. 43 dell'eIDAS riconosce ai suddetti servizi "gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari", nonché "la presunzione della integrità dei dati e della ricezione da parte del destinatario", e ne indica i requisiti specifici che i RED devono possedere per rientrare nella disciplina europea dei servizi. In particolar modo, viene evidenziata la necessità di garantire un "elevato livello di sicurezza dell'identificazione del mittente e dell'identificazione del destinatario prima della trasmissione dei dati" (art. 44 eIDAS). Tuttavia, alla luce di quanto previsto dal Regolamento europeo, si deve rilevare che si tratta di caratteristiche che non possono, ad oggi, essere assicurate dal sistema italiano delle PEC. Un punto fermo sembra, invece, ad oggi, l'omologazione della funzione della validazione temporale della PEC alle disposizioni previste nell'eIDAS. Occorrerà operare ulteriori passi per adeguarsi ai requisiti del regolamento eIDAS.

⁷ Il formato PDF (*Portable Document Format*) è uno standard, creato da Adobe, per la visualizzazione dei documenti, leggibile su tutte le piattaforme hw/sw commerciali. Il Pdf/A è un sottoinsieme dello standard PDF appositamente pensato per l'archiviazione nel lungo periodo di documenti elettronici. Oltre ad essere trasversale orizzontalmente (leggibile cioè su tutte le piattaforme hw/sw commerciali), lo è anche verticalmente, ai fini della conservazione nel tempo.

2. La Corte costituzionale e le questioni in tema di notifiche a mezzo PEC.

La Corte costituzionale si è già occupata del processo telematico in generale, con riguardo alla disciplina del tempo delle notifiche a mezzo PEC in una fattispecie originata dal processo civile.

L'art. 147 c.p.c. (rubricato "Tempo delle notificazioni"), nella formulazione attualmente vigente (introdotta dall'art. 2, comma 1, lett. d, della legge 28 dicembre 2005, n. 263 e in vigore dal 1° marzo 2006, in forza di quanto previsto dall'art. 2, comma 4, del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito, con modif., nella legge 23 febbraio 2006, n. 51), recita: "*Le notificazioni non possono farsi prima delle ore 7 e dopo le ore 21*".

L'applicazione dell'art. 147 c.p.c. è stata estesa alle notificazioni eseguite con modalità telematiche dall'art. 16-*septies* (rubricato "Tempo delle notificazioni con modalità telematiche") del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modif., dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, inserito dall'art. 45-*bis*, comma 2, lett. b) del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modif., nella legge 11 agosto 2014, n. 114⁸.

Inoltre, il secondo periodo del comma 2 dell'art. 16-*septies* prevede che "*Quando è eseguita dopo le ore 21, la notificazione si considera perfezionata alle ore 7 del giorno successivo*".

La giurisprudenza ordinaria di legittimità, in forza di un orientamento assolutamente coeso, ha interpretato il denunciato art. 16-*septies* nel senso che la norma non prevede la scissione tra il momento di perfezionamento della notifica per il notificante ed il tempo di perfezionamento della notifica per il destinatario; di qui, l'inammissibilità del ricorso per cassazione notificato dal difensore, a mezzo di posta elettronica certificata, oltre le 21 dell'ultimo giorno utile⁹.

Con la [sentenza n. 75 del 2019](#) è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo - per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost. - l'art. 16-*septies* del d.l. n. 179 del 2012 (conv., con modif., in legge n. 221 del 2012), inserito dall'art. 45-*bis*, comma 2, lett. b), del d.l. n. 90 del 2014 (conv., con modif., in legge n. 114 del 2014), nella parte in cui prevede che la notifica eseguita con modalità telematiche la cui ricevuta di accettazione è generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24 si perfeziona per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricevuta. Secondo la Corte, la *fictio iuris* relativa al differimento al giorno seguente degli effetti della notifica eseguita dal mittente tra le ore 21 e le ore 24 è giustificata nei confronti del destinatario, poiché il divieto di notifica telematica dopo le ore 21, previsto dalla prima parte dell'art. 16-*septies*, tramite il rinvio all'art. 147 cod. proc. civ, mira a tutelare il suo diritto al riposo in una fascia oraria (dalle 21 alle 24)

⁸ L'art. 16-*septies*, comma 1, primo periodo, recita «La disposizione dell'articolo 147 del codice di procedura civile si applica anche alle notificazioni eseguite con modalità telematiche».

⁹ Tra le tante, Cass., Sez. L, Sentenza n. 8886 del 04/05/2016; Cass., Sez. 3, Sentenza n. 21915 del 21/09/2017; Cass., Sez. 6, Ordinanza n. 30766 del 22/12/2017; Cass., Sez. 6-3, Ordinanza n. 20198 del 31/07/2018; Cass., Sez. L, Sentenza n. 21445 del 30/08/2018; Cass., Sez. 6-L, Ordinanza n. 393 del 09/01/2019. In particolare, Cass., Sez. 6, Ordinanza n. 30766 del 22/12/2017 (nella speciale composizione di cui al § 41.2 delle tabelle della Corte di cassazione: composizione cd. "nomofilattica") ha operato una distinzione tra la scissione degli effetti sul piano del perfezionamento della notificazione, ai sensi dell'art. 3-*bis* della legge n. 53 del 1994, dalla previsione speciale sul tempo delle notificazioni telematiche, introdotta all'art. 16-*septies* del d.l. n. 179 del 2012, cit., osservando che: «*La previsione consta di due parti. La prima estende anche alle notificazioni telematiche la regola dettata dall'art. 147 c.p.c. per cui le notificazioni non possono farsi prima delle 7 e dopo le 21. La seconda precisa che, in caso di notifiche telematiche, se la notificazione è eseguita dopo le 21 "si considera perfezionata" alle 7 del giorno dopo. [...] Si interviene quindi sul concetto di perfezionamento della notificazione stabilendo che, se effettuata in orario tra le 21 e le 7, la notifica si considera perfezionata alle 7 del mattino. Nel fare ciò il legislatore non ha distinto la posizione del notificante da quella del destinatario della notifica. Tale distinzione continuerà a valere, secondo la regola generale dettata dall'art. 3-*bis*, nel senso che se il notificante ha richiesto la notifica prima delle 21 e la consegna è avvenuta dopo le 21, la notifica si è perfezionata quel giorno, in quanto rimane fermo che per lui ciò che vale è la ricevuta di accettazione della richiesta. Ma se invece egli ha richiesto la notifica dopo le 21, il perfezionamento, per espressa previsione normativa, si considera avvenuto alle 7 del giorno dopo. Il legislatore avrebbe potuto distinguere le posizioni del notificante e del destinatario anche a questo fine, disponendo che la notifica si considera perfezionata alle 7 del giorno dopo "solo per il destinatario della notifica", ma non lo ha fatto. La disposizione è chiara anche sotto questo profilo e l'interprete non può introdurre un'aggiunta che ne modifichi il contenuto, creando una norma nuova. La giurisdizione entrerebbe nel campo riservato alla legislazione».*

nella quale egli sarebbe altrimenti costretto a continuare a controllare la casella di posta elettronica. Nei confronti del mittente, invece, il medesimo differimento comporta un irragionevole vulnus al pieno esercizio del diritto di difesa (segnatamente, nella fruizione completa dei termini per l'esercizio dell'azione in giudizio, anche nella sua essenziale declinazione di diritto ad impugnare), poiché gli impedisce di utilizzare appieno il termine utile per approntare la propria difesa - che, nel caso di impugnazione, scade (ai sensi dell'art. 155 cod. proc. civ.) allo spirare della mezzanotte dell'ultimo giorno - senza che ciò sia funzionale alla tutela del diritto al riposo del destinatario e nonostante che il mezzo tecnologico lo consenta. Inoltre, la restrizione delle potenzialità (accettazione e consegna sino alla mezzanotte) che caratterizzano e diversificano il sistema tecnologico telematico rispetto al sistema tradizionale di notificazione legato "all'apertura degli uffici" è intrinsecamente irrazionale, venendo a recidere l'affidamento che lo stesso legislatore ha ingenerato nel notificante immettendo il sistema telematico nel circuito del processo. La *reductio ad legitimitatem* della disposizione censurata dalla Corte d'appello di Milano è possibile applicando - in superamento dell'interpretazione consolidata come diritto vivente - la regola generale di scindibilità soggettiva degli effetti della notificazione anche alla notifica effettuata con modalità telematiche¹⁰.

Di particolare rilievo è però la [sentenza n. 200 del 2019](#) (relatore Morelli), la quale ha affrontato specificamente, in via preliminare, una questione riguardante la validità della notifica via PEC di un atto del processo costituzionale. Tale pronuncia è intervenuta nell'ambito di un conflitto di attribuzioni proposto dalla Regione Calabria nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri. Va considerato che nel conflitto tra enti la costituzione della parte resistente deve avvenire entro 20 giorni dal decorso del termine per il deposito del ricorso notificato, termine che, a sua volta, è fissato in venti giorni dall'ultima notificazione (artt. 25, commi 3 e 4 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale).

La Corte, nella specie, ha confermato l'ordinanza letta in udienza, con la quale è stata riconosciuta la tempestività della costituzione in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri. La Regione ne aveva eccepito la tardività, assumendo come *dies a quo* di decorrenza del termine per il correlativo deposito quello coincidente con la data della notifica effettuata a mezzo posta elettronica certificata (PEC) - che aveva anticipato la successiva notifica a mezzo ufficiale giudiziario - del ricorso per conflitto. La Corte costituzionale ha affermato nella citata sentenza che, attesa la specialità dei giudizi innanzi a questa Corte, «la modalità della notifica mediante PEC non può, allo stato, ritenersi compatibile - né è stata sin qui mai utilizzata - per la notifica dei ricorsi in via principale o per conflitto di attribuzione. Ragion per cui non opera, a tal fine, il rinvio dinamico disposto dall'art. 22, primo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) alle «norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale» e ora a quelle del codice del processo amministrativo, approvato dall'art. 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69,

¹⁰ Va ricordato che già in altre due occasioni la Corte si è occupata di problematiche che investivano sia pure in modo marginale le notifiche a mezzo PEC. Con la [sentenza n. 162 del 2017](#), la Corte, infatti, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, terzo comma, del r.d. n. 267 del 1942, come sostituito dall'art. 17, comma 1, lett. a), del d.l. 18 ottobre, n. 179 del 2012 (conv., con modif., nella legge n. 221 del 2012), censurato dalla Corte d'appello di Catanzaro, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui consente che la notifica del ricorso e del decreto di convocazione per la dichiarazione di fallimento di imprese esercitate in forma collettiva - quando non possa essere eseguita all'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) né al destinatario presso la sede legale - si perfezioni con il solo deposito nella casa comunale, senza le ulteriori cautele previste dall'art. 145 cod. proc. civ. per le notifiche a persona giuridica (e cioè senza alcuna necessità di dare conto e notizia di tale incombente). Identica questione è stata dichiarata non fondata dalla [sentenza n. 146 del 2016](#) in riferimento ai medesimi parametri, in quanto la specialità e la complessità degli interessi (comuni ad una pluralità di operatori economici, ed anche di natura pubblica in ragione delle connotazioni soggettive del debitore e della dimensione oggettiva del debito), che il legislatore del 2012 ha inteso tutelare con l'introdotta semplificazione del procedimento notificatorio nell'ambito della procedura fallimentare, segnano l'innegabile diversità tra il suddetto procedimento e quello ordinario di notifica ex art. 145 cod. proc. civ.; ed in quanto il diritto di difesa, nella sua declinazione di conoscibilità, da parte del debitore, dell'attivazione del procedimento fallimentare a suo carico, è adeguatamente garantito dalla norma denunciata, proprio in ragione del predisposto duplice meccanismo di ricerca della società.

recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo) nel contesto delle quali la notifica a mezzo PEC è consentita. Secondo la Corte, deve, quindi, nella specie farsi riferimento alla successiva notifica del ricorso affidata dalla Regione Calabria all'ufficiale giudiziario, rispetto alla quale la costituzione del Presidente del Consiglio dei ministri risulta effettuata nel rispetto del termine (di complessivi quaranta giorni) di cui all'art. 25, comma 4, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale».

Tale pronuncia afferma dunque che la notificazione a mezzo PEC, prevista dal Codice del processo amministrativo, non è allo stato applicabile nel processo costituzionale. La pronuncia sembra esigere dunque che debba essere previamente introdotto il c.d. processo costituzionale telematico al fine di ritenere applicabile nel giudizio costituzionale la notificazione a mezzo PEC. Il che implica la necessità di implementare gli sforzi al fine di mettere in opera tale tipologia di processo.

Va peraltro ricordato che recentemente il gruppo intermagistratura delle giurisdizioni civile, amministrativa e tributaria si è fatto promotore di un progetto di legge volto a realizzare il c.d. processo telematico unico. Secondo tale disegno il Governo dovrebbe essere «delegato ad emanare un decreto legislativo per il riassetto della normativa che disciplina l'informatizzazione dei servizi giudiziari e il processo telematico nelle giurisdizioni ordinaria civile e penale, amministrativa, tributaria e contabile, nelle funzioni giurisdizionali svolte dal Consiglio nazionale forense, nonché nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale, assicurando il coordinamento formale e sostanziale delle disposizioni vigenti, al fine di garantirne la coerenza logica e sistematica».

A prescindere dalla circostanza che dovrebbe comunque essere fatta salva la sfera di autonomia della Corte costituzionale nell'organizzare e regolamentare i servizi giudiziari ed il processo costituzionale telematico, emerge sempre più la necessità che il processo costituzionale si adegui ai mutati tempi e si configuri nella modalità telematica, così affiancandosi alle altre tipologie di processo esistenti.

3. Il processo costituzionale telematico: prospettive

La Corte costituzionale ha istituito già da tempo un gruppo di lavoro misto, composto da assistenti di studio, personale amministrativo, personale di cancelleria e personale informatico, al fine di studiare e predisporre le condizioni volte ad introdurre il c.d. processo costituzionale telematico.

La messa in opera di tale tipologia di processo presuppone la preliminare modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale e la predisposizione di un decreto del Presidente della Corte costituzionale che regoli le modalità per l'attuazione della disciplina del processo in questione ed individui le specifiche tecniche. Occorrerà, parallelamente, che una struttura tecnica informatica realizzi il software di supporto al processo in questione, lavorando in connessione con la cancelleria e con il citato gruppo di lavoro.

Un decreto del Presidente della Corte costituzionale dovrà chiarire cosa si intenda per “modalità telematica” di trasmissione degli atti con cui la Corte verrà investita delle questioni di legittimità costituzionale (in via incidentale o in via principale) o dei conflitti di attribuzione, per limitarmi alle ipotesi di maggior frequenza nell'ambito del processo costituzionale. Per quanto non previsto sono da intendersi richiamate le norme del processo telematico amministrativo, anche di natura regolamentare ed eventualmente quelle del CAD che costituisce comunque la normativa generale di riferimento dei processi telematici.

Il processo costituzionale ha delle peculiarità. Il numero dei procedimenti che vengono instaurati dinanzi alla Corte è certamente inferiore a quello delle altre giurisdizioni, ma molteplici sono le tipologie di giudizio (ad es. giudizi di legittimità costituzionale delle leggi, i giudizi per conflitto di attribuzione, il giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo) e soprattutto i soggetti che interagiscono con la Corte, quali, senza pretesa di esaustività dell'elencazione, gli organi della giurisdizione ordinaria (Giudice di pace, Tribunale ordinario, Corte di appello, Corte di cassazione), gli organi della giustizia amministrativa, le Commissioni Tributarie, la Corte dei Conti, i tribunali

militari, i collegi arbitrali, il Consiglio nazionale forense con riguardo alle funzioni giurisdizionali svolte, ecc., oltre che i soggetti istituzionali quali i poteri dello Stato (il Senato, la Camera, ecc.), lo Stato, le Regioni e infine i c.d. intervenienti. Assume rilievo poi il fatto che in relazione ai giudizi di legittimità costituzionale in via principale e a quelli per conflitto di attribuzione sono previsti in linea di principio dei termini perentori oltre che per gli atti di promovimento, per la costituzione in giudizio delle parti, per l'intervento o per il deposito delle memorie.

Inoltre, occorre considerare che la Corte costituzionale interagisce con gli organi preposti alla *Gazzetta Ufficiale* (e, quando occorre, al *Bollettino Ufficiale delle Regioni*), su cui devono essere pubblicati i ricorsi che promuovono i giudizi di legittimità costituzionale, le ordinanze che sollevano le questioni di legittimità costituzionale in via incidentale e i ricorsi inerenti ai conflitti di attribuzione.

Sono attualmente trasmessi, in via sperimentale, in formato pdf, con firma digitale, tramite pec, gli atti di promovimento dei giudizi della Corte costituzionale al Ministero della Giustizia, Ufficio pubblicazione leggi ed altri decreti, ufficio che gestisce la *Gazzetta Ufficiale*¹¹.

Anche nel processo costituzionale l'ordinanza con cui il giudice *a quo* solleva la questione di legittimità costituzionalità sarà trasmessa con modalità telematica alla Corte costituzionale, unitamente alla prova delle eseguite notificazioni e comunicazioni previste nell'art. 23 della legge n. 87 del 1953.

Cosa si intende con la locuzione "modalità telematica" sarà indicato nelle norme tecniche adottate con decreto del Presidente. Verosimilmente nelle norme attuative da approvare vi sarà una disposizione che rinverrà ad un (successivo) decreto del Presidente della Corte costituzionale, il quale regolerà le modalità per l'attuazione della disciplina del processo costituzionale telematico e conterrà un allegato con le specifiche tecniche.

Nell'ambito delle regole tecniche volte ad introdurre il processo in modalità telematica varie sono le opzioni possibili, come testimoniano i diversi approcci seguiti dai processi telematici che sono stati attuati nel campo civile, amministrativo e, da ultimo, tributario (essendo il processo telematico divenuto obbligatorio dal 1 luglio 2019, in virtù di quanto previsto dall'articolo 16 del d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, in materia di giustizia tributaria digitale convertito in legge n. 136 del 2018). Occorre, comunque, rilevare che pur nelle differenze tra tali processi¹², sussistono elementi comuni, per quanto concerne l'infrastruttura telematica-digitale e i flussi documentali, ma anche per quanto concerne l'impatto dell'informatica sul processo e sulle sue concrete attività, tra cui l'utilizzo di documenti informatici, delle firme elettroniche e della posta PEC. Per quanto attiene alle differenze, giova segnalare la modalità di deposito degli atti. Essa avviene attraverso lo strumento PEC nel caso del processo civile e in quello amministrativo, mentre avviene con il c.d. upload nel caso del processo tributario¹³.

¹¹ Gli atti di promovimento sono resi disponibili in formato pdf anche al Poligrafico, il quale "restituisce" alla Corte il documento in formato testuale per la pubblicazione sul sito.

¹² Come si è osservato, in dottrina, a diversi processi telematici, corrispondono -diverse regole e specifiche tecniche, diversi decreti e circolari, ministeriali, diverse modalità con le quali deve essere realizzato il documento informatico, diversi modi con i quali devono essere sottoscritti digitalmente gli atti (si veda infra la nota 15), diversi modi quelli attraverso i quali bisogna attestare la conformità delle copie informatiche o cartacee, -diverse regole che disciplinano il perfezionamento del deposito telematico (v. A. CIRIELLO, *Il Processo telematico tributario, Le questioni affrontate dalla giurisprudenza e i nodi interpretativi*, relazione al convegno dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Torino 6 aprile 2018)

¹³ Si veda al riguardo quanto indicato nel sito giustiziatributaria.gov.it. I depositi telematici nel PTT, sono effettuati tramite *upload* (caricamento) diretto nel registro informatico, o fascicolo d'ufficio (telematico) tramite il Portale della Giustizia Tributaria; non bisogna inviare nessun file (*Atto.enc* nel PCT) tramite PEC; per la identificazione del depositante occorre inserire delle credenziali (UserID e Password) sul Portale della Giustizia Tributaria; le credenziali si ottengono tramite una iscrizione, previo riconoscimento certo, ottenendole iscrivendosi una volta per tutte tramite l'apposita procedura proposta dal Portale della Giustizia Tributaria; ogni deposito è preceduto dalla compilazione di un *format* (serie di voci) che al momento della costituzione in giudizio corrisponde pressappoco alla compilazione di una *Nota di iscrizione a ruolo*; mentre per i depositi successivi il deposito si svolge con la compilazione di una sorta di *nota di deposito*; nel primo caso si riceveranno due PEC (una prima di conferma della trasmissione, una seconda di ricezione e iscrizione col numero di ruolo); per i depositi successivi si riceveranno tre PEC (le prime due di conferma della trasmissione e ricezione,

Volendo dare uno sguardo al di fuori del nostro paese, è noto che la Corte di giustizia dell'Unione europea si è dotata di un'applicazione informatica denominata «e-Curia», comune agli organi giudicanti che compongono la Corte di giustizia dell'Unione europea, che consente il deposito e la notifica di atti processuali per via elettronica alle condizioni stabilite (da ultimo) dalla Decisione della Corte di giustizia del 6 ottobre 2018¹⁴. Essa si basa su un modello di trasmissione degli atti caratterizzato da un c.d. upload certificato, che presuppone l'apertura di un profilo utente e richiede il ricorso a un nome utente e a una password personali. E' chiaro che la Corte costituzionale potrebbe dotarsi di un sistema sulla falsariga di quello di e-curia, risolvendo le connesse problematiche legate all'identificazione degli utenti esterni e della certezza della data di trasmissione degli atti.

Altra opzione possibile, in tema di individuazione delle citate regole tecniche, riprende in parte il PAT¹⁵. Essa riguarda la messa in opera di un applicativo web e la integrazione in Sigico 3 (Sistema di giustizia costituzionale, costituente un applicativo intranet), di un sistema di gestione delle pec, di un repository documentale e della possibilità in futuro di far interagire il sistema informatico della Corte con quello delle altre giurisdizioni (c.d. interoperabilità).

In relazione a tale opzione l'atto di promovimento relativo ai giudizi in via incidentale verrebbe trasmesso mediante pec con allegato il testo dell'ordinanza in formato pdf/A (un sottoinsieme del formato PDF appositamente studiato per la conservazione di lungo periodo), firmato digitalmente¹⁶

la terza di conferma dell'abbinamento, ossia dell'effettivo inserimento dei file trasmessi nel proprio fascicolo di parte telematico);

¹⁴ Pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* del 20 novembre 2018

¹⁵ Ovviamente la scelta dell'opzione da seguire deve anche confrontarsi con i costi, certamente rilevanti, che richiede la messa in opera di un sistema informatico ed informatico adeguato.

¹⁶ Con riguardo alla problematica della firma digitale utilizzabile nel processo costituzionale, si pone il problema della scelta, anche nel processo costituzionale, del formato pades e/o cades di tale firma. Al riguardo va rilevato che con riferimento al processo civile telematico si è posto uno specifico problema con riguardo al tipo di firma digitale utilizzabile. Sul punto sono intervenute le sezioni unite, le quali hanno affermato che in tema di processo telematico, a norma dell'art. 12 del decreto dirigenziale del 16 aprile 2014, di cui all'art. 34 del d.m. n. 44 del 2011 - Ministero della Giustizia -, in conformità agli standard previsti dal Regolamento UE n. 910 del 2014 ed alla relativa decisione di esecuzione n. 1506 del 2015, le firme digitali di tipo "CADES" e di tipo "PADES" sono entrambe ammesse e equivalenti, sia pure con le differenti estensioni ".p7m" e ".pdf". Tale principio di equivalenza si applica anche alla validità ed efficacia della firma per autentica della procura speciale richiesta per il giudizio in cassazione, ai sensi degli artt. 83, comma 3, c.p.c., 18, comma 5, del d.m. n. 44 del 2011 e 19 bis, commi 2 e 4, del citato decreto dirigenziale. Sulla firma digitale e il problema della scelta, tra formato pades e cades. (Cass., sez.un., n. 10266 del 27 aprile 2018, CED Cass., n. 648132). Dunque, è stata riconosciuta la piena validità ed efficacia delle firme digitali di tipo cades e di tipo pades anche nel processo civile di Cassazione senza eccezione alcuna.

Si segnala che le regole tecniche del PAT prevedono l'utilizzo della sola firma in formato Pades. Nel caso in cui venga utilizzata nel processo amministrativo telematico la firma Cades invece di quella Pades, secondo una certa giurisprudenza, vi sarebbe una mera irregolarità sanabile, con l'avvertenza però che in mancanza di regolarizzazione il ricorso sarà dichiarato inammissibile (cfr. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II-Quater, ordinanza 30.5.2019, n. 6847).

Il T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 18.4.2019, n. 880, ha invece sostenuto che le firme digitali PADES e CADES sarebbero entrambe ammesse ed equivalenti nel pat, analogamente a quanto hanno ritenuto le sezioni unite della cassazione, 27.4.2018, n. 10266, per il processo civile telematico – pct.

Il T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. I, 25.6.2019, n. 1556, ha precisato che nel PAT c'è una specifica norma che disciplina il formato della sottoscrizione, senza ammettere alcuna forma di equivalenza, anche se ha trattato solo incidentalmente la questione, senza prendere una posizione di natura decisoria.

Il processo telematico tributario, divenuto obbligatorio dal 1° luglio 2019, si basava inizialmente sulla sola firma CADES, ma, poi si è prevista, dal 6 luglio 2019 (v. circolare n. 1/DF del 4 luglio 2019 del Ministero dell'Economia e della Finanze), la possibilità di utilizzare anche la firma digitale PADES per i servizi telematici del PTT, in aggiunta alla firma digitale CADES già in uso. Ciò per adeguarsi a quanto previsto nel processo civile telematico ed avuto riguardo alla pronuncia delle sezioni unite della Cassazione n. 10266 del 2018. Del resto, il Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, 23 luglio 2014, n. 910/2014, (c.d. eIDAS), (citato dalla pronuncia delle sezioni unite n. 10266 del 2018) in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE, all'art. 25 (Effetti giuridici delle firme elettroniche), prevede «1. A una firma elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti per firme elettroniche qualificate. 2. Una firma elettronica qualificata ha effetti giuridici equivalenti a quelli di una firma autografa. 3. Una firma elettronica qualificata basata su un

dal funzionario competente della cancelleria o della segreteria del giudice *a quo* (si da assicurarne l'integrità e l'originalità), all'indirizzo pec indicato dalla Corte, unitamente ad un modulo pdf atto a facilitarne la registrazione nel sistema.

La pec recherebbe, nell'oggetto, l'indicazione del numero di registro generale del giudizio *a quo* e l'autorità rimettente e ad essa sarebbe allegato il testo dell'ordinanza, le prove delle avvenute notificazioni e comunicazioni ed un modulo sopra citato compilato dall'autorità rimettente.

Il fascicolo del procedimento nell'ambito del quale è emessa l'ordinanza che solleva la questione verrebbe trasmesso, contestualmente all'ordinanza medesima, via pec nei limiti consentiti dal sistema di posta del soggetto esterno, o tramite upload dall'Applicativo web. In casi eccezionali (atti secretati e fascicoli particolarmente voluminosi ecc.), dovrebbe comunque prevedersi la facoltà del Presidente di disporre l'acquisizione del fascicolo cartaceo.

Anche gli atti di promovimento nei giudizi di legittimità in via principale e nei giudizi per conflitti tra poteri e conflitti tra enti, nell'ambito di tale opzione, dovrebbero essere trasmessi alla Corte costituzionale tramite pec, cui è allegato: il testo dell'atto di promovimento, firmato digitalmente dall'avvocato che lo redige o dal potere dello Stato che agisce personalmente (unitamente alla procura quando occorra, ed ai documenti necessari per l'avvio del giudizio come ad esempio la delibera della Giunta o del Governo e la relazione del Ministro degli affari regionali, laddove prevista); le prove delle avvenute notificazioni (tranne nei conflitti tra poteri nella fase di ammissibilità); un *modulo, compilato dal soggetto esterno (Avvocato del libero foro, Avvocato dello Stato, potere), in formato pdf* idoneo ad agevolare la registrazione dell'atto a cura del Servizio cancelleria. L'altra documentazione che si vuole allegare, in tale ipotesi, potrebbe essere trasmessa, contestualmente all'atto di promovimento, via pec nei limiti consentiti dal sistema di posta del soggetto esterno con indicazione nell'oggetto del ricorrente e del resistente (tranne nei conflitti tra poteri nella fase di ammissibilità) o tramite upload dall'Applicativo Web.

Gli atti di costituzione degli Avvocati del libero foro, o gli atti di intervento sia degli Avvocati del libero foro che dell'Avvocatura generale dello Stato, nell'ambito di tale opzione verrebbero trasmessi tramite pec con allegati: il testo dell'atto di costituzione/intervento firmato digitalmente dall'Avvocato (unitamente alla procura speciale, quando occorra, ed ai documenti necessari, come, ad esempio la delibera della Giunta regionale o del Governo); il modulo *in formato pdf* idoneo ad agevolare la registrazione dell'atto a cura del Servizio cancelleria. L'ulteriore documentazione che si vuole allegare verrebbe trasmessa contestualmente all'atto via pec, nei limiti consentiti dal sistema di posta del soggetto esterno con indicazione nell'oggetto del nome della parte per cui ci si costituisce o tramite upload dall'Applicativo Web.

Al riguardo va rilevato che la Corte Costituzionale, tenuto conto dell'intenzione di avviare il processo costituzionale telematico, per cui gli adempimenti della Corte, delle parti ed in generale dei soggetti coinvolti possano essere eseguiti telematicamente, con valore legale ed in via esclusiva, ha ritenuto di perseguire tale obiettivo in via sperimentale anche sulla base delle norme attualmente vigenti, stipulando accordi operativi con soggetti istituzionali a vario titolo coinvolti nel processo costituzionale.

Si segnala, ad esempio, la convenzione col Consiglio Nazionale Forense che ha manifestato, per quanto di sua competenza, la piena disponibilità a collaborare con la Corte per l'impiego quanto più possibile rapido ed efficace delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione al processo costituzionale. In particolare la Corte Costituzionale e il Consiglio Nazionale Forense si sono impegnati a porre in essere tutte le attività necessarie a consentire l'avvio del processo costituzionale telematico, a partire, per quanto riguarda la Corte, dalla predisposizione dei propri sistemi informativi in modo da potere applicare al processo stesso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione e, per quanto concerne l'Avvocatura, dalla manifestazione di volontà, inserita nei propri atti difensivi, di volere ricevere le comunicazioni a un indirizzo di posta elettronica certificata e di voler adottare le regole per il deposito dei documenti in formato digitale secondo la normativa vigente.

certificato qualificato rilasciato in uno Stato membro è riconosciuta quale firma elettronica qualificata in tutti gli altri Stati membri».

Al riguardo in attuazione di tale Accordo “quadro” dovrebbe, a breve, intervenire un altro accordo con il CNF, attraverso il quale la cancelleria della Corte costituzionale potrà interrogare direttamente, in cooperazione applicativa, tale ente per avere informazioni riguardo all’iscrizione all’albo di un certo difensore, accedendo alla banca dati interna (sul punto v. paragrafo successivo).

Altro accordo è stato stipulato dalla Corte costituzionale con gli organi di giustizia amministrativa, in base al quale l’ordinanza di rimessione e la documentazione attestante l’avvenuta notificazione sono inviate sia in formato pdf, con firma digitale, sia in forma cartacea. In questa fase, il fascicolo cartaceo, contenente ulteriore documentazione, sarà trasmesso esclusivamente secondo le modalità attualmente previste. Convenzioni analoghe sono state stipulate con gli organi della Giustizia amministrativa, con il Ministero dell’Economia e della Finanze in relazione alla collaborazione con le Commissioni tributarie, ed inoltre col Senato, con la Camera, con la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e con la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome.

Con riferimento agli atti successivi all’atto di promovimento ed all’atto di costituzione/intervento, il soggetto esterno potrebbe trasmetterli tramite pec o tramite upload.

Occorrerà poi regolare, dal punto di vista delle modalità telematiche, anche la fase dell’udienza e del deposito della sentenza.

4. *L’interoperabilità.*

Uno dei temi inerenti al processo costituzionale telematico attiene alla c.d. interoperabilità. Tale termine indica, ai sensi dell’art. 1, comma 1, lettere dd) del d.lgs. n. 82 del 2005, la caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l’erogazione di servizi. Si è anche detto che l’interoperabilità è la capacità di due o più sistemi di connettersi tra loro e di dialogare in forma automatica, scambiando informazioni e condividendo risorse¹⁷

.E’ proprio l’interazione con uffici diversi, che spesso usano sistemi informatici diversi, che induce ad una particolare attenzione nella formulazione delle regole tecniche proprio per consentire alla Corte di dialogare quanto più agevolmente con i suoi interlocutori e di essere aperta, seguendo percorsi di c.d. interoperabilità. Bisogna innanzitutto ricorrere a modelli procedurali comuni e standardizzati, definendo le caratteristiche degli atti promovimento dei giudizi e le specifiche di formato e di contenuto per l’interoperabilità dei sistemi informativi per la gestione telematica delle procedure. Al riguardo, occorre infatti considerare che gli interlocutori “giurisdizionali” si presentano in modo estremamente variegato sotto tale aspetto. Alcuni di essi, infatti, hanno già introdotto la tipologia di processo telematico (si pensi al processo amministrativo, a quello civile o a quello tributario, ad esclusione del giudizio che si svolge in Cassazione), altri stanno muovendo i primi passi al riguardo (si pensi ad es. al processo penale). Per altri organi giurisdizionali, ad esempio i giudici di pace, non è ancora previsto l’informatizzazione del relativo processo.

La massima dimensione dell’interoperabilità consiste nella possibilità di accedere alle basi dati altrui in via automatica.

Situazione di interoperabilità concerne ad esempio anche il rapporto con il CED della Cassazione. La Corte costituzionale ha dichiarato, in una convenzione con la Corte di cassazione, che intende aggiornare il proprio sistema documentale acquisendo le specifiche tecniche del sistema di information retrieval della Corte suprema. A tal fine è stato stipulato un accordo secondo cui è *interesse della Corte aggiornare il proprio sistema documentale acquisendo le specifiche tecniche del sistema di information retrieval della Corte di Cassazione, con la quale è già in atto una procedura informatica che prevede l’acquisizione, da parte del sistema ItalgireWeb, delle decisioni della Corte costituzionale.*

¹⁷ V. C.M. ARPAIA, P. FERRO, W. GIUZIO, G. IVALDI, D. MONACELLI, *L’E-Government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive*, Banca d’Italia, Roma, 2016, 27.

Con riguardo specifico al processo telematico costituzionale, la Corte potrebbe avere diretto accesso al fascicolo informatico, relativo ai procedimenti in cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale in via incidentale, che è presente presso il singolo ufficio giudiziario, autenticandosi presso una piattaforma comune ed acquisendolo. Ovviamente questo presuppone un certo grado di informatizzazione del giudizio *a quo*.

Una ulteriore dimensione di interoperabilità, rientrando nella c.d. cooperazione applicativa¹⁸ potrebbe essere rappresentata proprio dall'instaurazione del rapporto con il CNF per verificare la qualità di avvocato cassazionista del difensore della parte o dell'interveniente nel giudizio costituzionale. Al riguardo, a legislazione vigente, è prevista, l'adozione di una convenzione della Corte costituzionale con il Consiglio Nazionale forense al fine, in via sperimentale, di interrogare la banca dati di tale ente per avere a disposizione il dato aggiornato concernente la qualità di avvocato cassazionista di un certo difensore. Sempre nell'ambito della cooperazione applicativa potrebbe essere previsto, nell'ambito dell'implementazione del processo costituzionale telematico, l'interrogazione del Reginde, vale a dire il Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) per avere contezza dell'esattezza di una certa PEC di un difensore (che non risulti altrimenti), cui la cancelleria della Corte deve inviare ad es. un biglietto di cancelleria. Questo registro è gestito dal Ministero della Giustizia e contiene i dati identificativi nonché l'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) dei soggetti abilitati esterni, ovverossia: a) appartenenti ad un ente pubblico, b) professionisti iscritti in albi ed elenchi istituiti con legge (cfr. *DM 44/2011* Giustizia.it).

Per quanto attiene ai rapporti con le parti, la Corte costituzionale potrebbe, attraverso lo sportello telematico, consentire, previa iscrizione ed autenticazione (le cui modalità saranno precisate nelle specifiche tecniche), il c.d. scambio degli atti delle parti. In sostanza, secondo una possibile opzione, vi sarebbe un applicativo web, disponibile su internet, dedicato ai soggetti esterni ed utilizzato soprattutto per la consultazione e lo scambio degli atti tra le parti. Il soggetto registrato a seguito dell'autenticazione potrebbe scaricare (download) gli atti delle controparti (cosiddetto scambio degli atti tra le parti) resi disponibili sull'applicativo web dal servizio cancelleria.

L'interoperabilità potrebbe operare anche nei rapporti con la Corte di giustizia dell'Unione europea con riferimento ai casi di rinvio pregiudiziale dinanzi a tale organo giurisdizionale operati dalla Corte costituzionale.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera *ee*) del d.lgs. n. 82 del 2005, c.d. CAD, si intende per cooperazione applicativa: la parte del Sistema Pubblico di Connettività finalizzata all'interazione tra i sistemi informatici dei soggetti partecipanti, per garantire l'integrazione dei metadati, delle informazioni, dei processi e procedimenti amministrativi. Nell'art. 1, comma 1, lettera i) dell'allegato A, al d.p.c.m. 16/02/2016, n. 40 i) si definisce "Cooperazione applicativa" il «sistema di scambio di dati strutturati tra sistemi informativi sulla base di accordi di servizio tra Amministrazioni»

Antonio Ruggeri
Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto:
un ossimoro costituzionale?*

Abstract: The paper argues the thesis according to which technology if, on the one hand, offers itself as a guarantee of rights and for the fulfillment of constitutional duties, on the other hand it acts as a factor of "constitutional distancing" and, therefore, of discrimination incompatible with the very essence of the rule of law

L'emergenza sanitaria che ancora al presente ci affligge ed inquieta ha dato vita, tra i molti altri, ad un effetto prontamente rilevato dalla più avvertita dottrina e qualificato come gravido di rilevanti implicazioni di ordine sociale ed istituzionale: quello di aver impresso un'accelerazione vistosa al processo di modernizzazione delle strutture portanti della società conseguente all'utilizzo delle risorse della scienza e della tecnologia in ambiti dapprima rimasti dalle stesse solo marginalmente segnati.

È verosimile pensare che alcune "abitudini" – se così vogliamo chiamarle – che abbiamo dovuto a forza acquisire possano essere dismesse una volta cessata l'emergenza; altre, però, con ogni probabilità sono irreversibili: non a caso, come molti hanno intuito e rilevato, si è soliti dire che il mondo non tornerà più lo stesso e che dovremo perciò attrezzarci per una nuova "normalità" dai tratti e dagli effetti ancora in gran parte inesplorati.

Riguardata questa vicenda dall'angolo visuale del diritto costituzionale, la questione cruciale che dobbiamo – a me pare – porci è quella evocata nel titolo dato a questa succinta riflessione, un titolo che però richiede subito, al fine di fugare possibili equivoci, alcune preliminari precisazioni.

È fuor di dubbio che lo sviluppo scientifico e tecnologico sia una risorsa preziosa alla quale attingere per la crescita della società e, dunque, anche a beneficio e sostegno dello Stato di diritto, specie in alcune delle sue strutture portanti. Riprendendo qui, ancora una volta, la nozione classica di Costituzione, consegnataci dai rivoluzionari francesi e mirabilmente espressa dall'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789, l'organizzazione dello Stato all'insegna del principio della separazione dei poteri parrebbe non risentirne in particolare misura, perlomeno nelle situazioni di quiete, al ricorrere delle quali i meccanismi istituzionali possono funzionare in modo fisiologico. In situazioni di emergenza poi – e la vicenda della diffusione del coronavirus ne dà eloquente testimonianza – i meccanismi stessi possono giovare degli strumenti offerti dalla tecnologia per seguitare a restare attivi, pur con adattamenti che comunque comportano un costo evidente di rendimento. Così, ad es., le riunioni di componenti di organi collegiali via internet hanno potuto (e possono) ugualmente avere luogo, mentre sarebbe stata un'autentica catastrofe ove non si fosse sfruttata questa opportunità. Certo, si è animatamente discusso circa la possibilità di riunioni e voti telematici delle assemblee parlamentari o dello svolgimento di udienze processuali senza la compresenza fisica nello stesso luogo dei protagonisti dei giudizi; ed è chiaro che, ove il rimedio informatico non fosse giudicato adeguato o, addirittura, controproducente, già solo per ciò uno dei pilastri portanti (con riguardo al primo esempio) della democrazia parlamentare e (quanto al secondo esempio) dello Stato di diritto dovrebbe considerarsi minato sin dalle sue fondamenta.

Nel complesso, senza ora indugiare in una osservazione analitica ed approfondita delle possibili dinamiche istituzionali e soppesando benefici e costi legati alla diffusione dei mezzi informatici in seno all'organizzazione, i primi parrebbero essere di maggior peso rispetto ai secondi, perlomeno appunto laddove non ricorrano soffocanti emergenze. Basti solo pensare ai vantaggi che ne ha avuto la pubblica amministrazione nel momento in cui si è dotata ormai da tempo degli strumenti suddetti per lo svolgimento dei compiti che le sono demandati.

La questione, invece, si fa spinosa e – come si vedrà – per taluni aspetti persino inquietante con riguardo al versante dei diritti fondamentali, dove poi è il cuore pulsante della Costituzione e dello Stato che su di essa si regge, nell'accezione d'ispirazione liberale.

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

Il quadro appare, per vero, internamente assai articolato e composito. Per un verso, infatti, i diritti hanno avuto (ed hanno) non poco guadagno dallo sviluppo scientifico e tecnologico che ha messo a disposizione dell'uomo risorse ancora fino a poco tempo addietro inimmaginabili (basti solo pensare all'allungamento della durata della vita, alle opportunità offerte a persone sterili o infertili di avere figli, alla celerità nello svolgimento delle attività di lavoro, e via dicendo). Per un altro verso, la massa imponente di comunicazioni ed informazioni che viene in misura costantemente crescente a formarsi, giovandosi soprattutto degli strumenti della tecnica può esser causa di effetti gravemente nocivi d'incalcolabile portata (basti solo pensare alle *fake news* o, sul versante istituzionale, all'affermazione di una pseudodemocrazia diretta che, in realtà, come si è da molti rilevato, dà voce ed alimento alla oclocrazia).

Sta di fatto che, man mano che l'organizzazione sociale si struttura al proprio interno all'insegna di una informatizzazione sempre più capillare ed internamente composita, della quale ormai non può farsi in alcun modo a meno, sono proprio i diritti, in ispecie quelli di alcune persone, a risultare particolarmente esposti, senza che peraltro si sappia come fare per evitare che subiscano danni irreparabili, finendo con l'essere pregiudicati nella loro stessa essenza. Ed è interessante notare che questo non vale solo per il tempo dell'emergenza ma si ha a regime, *sempre*.

La diffusione del virus ha obbligato – come si sa – a forti compressioni dei diritti costituzionali e ad un grave ristagno delle attività produttive i cui possibili esiti, specie nel lungo periodo, sono ancora tutti da esplorare, pur essendo certo che graveranno pesantemente su più d'una generazione. È pur vero, però, che, senza le risorse apprestate dalla tecnologia, la compressione sarebbe stata ancora maggiore, fino a portarsi, specie con riguardo ad alcuni diritti ed attività, al loro totale sacrificio. Basti solo considerare il telelavoro o la telemedicina, le attività didattiche e scientifiche proseguite *on line* o il funzionamento di interi apparati dello Stato (a partire da quelli preposti alla direzione politica e dagli altri cui sono demandati compiti di garanzia, in un ordinamento democratico non passibili di alcuna interruzione) che hanno potuto giovare degli strumenti offerti dalla tecnologia senza essere costretti ad una stasi disastrosa. La stessa misura dell'isolamento e della limitazione nella circolazione, particolarmente gravosa per tutti ma specialmente per alcune categorie di persone che più di altre ne risentono, è stata temperata nella sua portata grazie a strumenti che danno modo ugualmente alle persone di vedersi e comunicare tra di loro come se fossero fisicamente presenti nello stesso luogo.

È probabile che, quando lo tsunami che ci ha travolto sarà ormai definitivamente alle nostre spalle, ugualmente tutto non tornerà come prima ed alcuni diritti ed attività produttive – per ciò che qui maggiormente interessa – seguiranno ad avvalersi degli strumenti in parola, pur se in forme diverse da quelle riscontratesi nel tempo dell'emergenza.

Di tutto ciò, ad ogni buon conto, nulla possiamo ora dire, rimanendo sconosciuti e comunque insicuri gli scenari che potrebbero delinearsi. Un punto mi sembra tuttavia in modo sufficientemente fermo fissato; ed è che, man mano che lo sviluppo scientifico e tecnologico si porterà sempre più in avanti, pervadendo e segnando praticamente ogni ambito della vita sociale e delle istituzioni, ciascun individuo dovrà dotarsi di un patrimonio sia pure minimo di conoscenze di ordine tecnico senza le quali rimarrà totalmente isolato ed escluso da una parte consistente delle dinamiche sociali, mentre, per altro verso, il diverso grado di conoscenze tecnologiche posseduto dai componenti il corpo sociale si porrà, già solo per ciò, quale fattore di discriminazioni di varia natura ed intensità. Ciò che però importa è che l'isolamento in parola, seppur coatto e per alcuni per vero non visto come del tutto negativo, non è (e non sarà) tollerato. Già oggi – come si sa – l'appartenenza ad alcune istituzioni sociali non consente il riconoscimento del diritto alla ignoranza informatica. Per restare all'ambiente di lavoro a me più familiare e volendo richiamare un'esperienza che ho personalmente vissuto, ricordo bene quanto ho dovuto faticare prima di apprendere come si verbalizzano gli esami di profitto agli studenti universitari nel passaggio dal registro cartaceo a quello digitale. E, sempre per restare in quest'ambito, oggi nessuno studioso potrebbe fare ricerca se non in grado di navigare su internet, consultare riviste *on line*, e via dicendo. Praticamente, l'accesso a tutti i pubblici uffici può poi aver luogo attraverso il mezzo informatico, come pure – è noto – a banche, centri commerciali, ecc.

Insomma (e per chiudere con questi succinti riferimenti ad un'esperienza che, peraltro, è sotto gli occhi di tutti), chi non è tecnologicamente attrezzato si smarrisce e non partecipa delle dinamiche sociali, in alcune delle loro più salienti espressioni: è una sorta di ombra invisibile, un fantasma privo di corpo, non è più un *civis*, come lo si intendeva già nell'antichità, quale soggetto titolare di diritti e gravato di doveri nei confronti degli altri suoi simili e dell'intera collettività di appartenenza.

Riguardata questa vicenda dallo specifico angolo visuale del diritto costituzionale, dal quale soltanto qui vuol essere osservata, l'ignoranza informatica si traduce in un *distanziamento tecnologico* che a sua volta produce un effetto – mi viene da dire – di *distanziamento costituzionale* tra chi ne è afflitto e chi invece ne è immune, allargandosi pertanto in modo irrimediabile la forbice tra coloro che possono far valere i loro diritti ed esercitare i doveri sugli stessi gravanti e coloro che sono a ciò impossibilitati, con palese violazione, in primo luogo, degli artt. 2 e 3, specie nella sua declinazione sostanziale, e, quindi, dei disposti che in seno alla stessa Carta ne danno specificazione-attuazione. È vero – come ha, opportunamente, rilevato, ancora da ultimo, una sensibile dottrina (G. DE MINICO, in occasione dell'incontro di studio via *web*, dalla stessa organizzato con M. Villone, su *Stato di diritto emergenza e tecnologia*, svoltosi il 4 e 5 maggio 2020) – che la tecnologia, specie nel post-emergenza, può (e deve) volgersi in funzione servente del principio di eguaglianza sostanziale, ma non è meno vero che – come qui si tenta di mostrare – essa può giocare nel senso di far sì che si allunghi sempre di più la distanza tra coloro sono in grado di trarne beneficio e coloro che invece non dispongono delle capacità allo scopo richieste.

Il distanziamento sociale determinato dalle misure adottate per far fronte all'emergenza sanitaria è, per fortuna, reversibile, e possiamo nutrire la ragionevole speranza che, sia pure con molta gradualità, sarà quindi superato. Il distanziamento costituzionale, di contro, è un effetto senza ritorno per intere fasce della popolazione (come gli anziani che non hanno avuto un'educazione tecnologicamente orientata), oltre che per soggetti che, per ragioni varie, non sono in grado di aver accesso agli strumenti informatici e che, perciò, per quest'aspetto sono da considerare – come dire? – “diversamente abili”, sviliti in una condizione di “autismo” tecnologicamente determinato dal quale non possono guarire. Ed è chiaro che il problema non si risolve offrendo l'accesso ad internet a tutti, facendone – secondo una proposta pure ad oggi discussa – oggetto di un vero e proprio diritto sociale (così, ancora G. DE MINICO ed altri) messo a disposizione di tutti (in primo luogo, dei meno abbienti), anche in funzione servente di altri diritti, a partire da quello all'eguaglianza sostanziale. Non è infatti in discussione l'astratto godimento delle risorse apprestate dalla tecnologia, o meglio non è solo ciò ma il *prius* culturale che dà modo di mettere in atto le risorse stesse una volta che siano concretamente spendibili per venire incontro ai più diffusi ed avvertiti bisogni. E, invero, mentre l'ordinamento giuridico sa essere, alla bisogna, pietoso verso alcune persone (penso, appunto, ai provvedimenti di clemenza di cui è parola nella Carta), la scienza è invece impietosa con chi non ne possiede una pur minima conoscenza: nel momento in cui l'organizzazione sociale è, in modo diffuso, permeata dei suoi prodotti, il divario tra la Costituzione formale e una Costituzione materiale *wissenschaftlich-orientierte* risulta incolmabile ed appare anzi, con un'accelerazione impressionante, sempre più vistoso.

I riflessi di questo stato di cose, qui molto sommariamente rappresentato, sono plurimi, di particolare rilievo, specie in taluni ambiti della vita sociale. Così, ad es., è evidente che la centralità di posto detenuto dalla tecnologia obbligherà a fare di quest'ultima oggetto di educazione culturale sin dai primissimi anni dell'apprendimento scolastico, al pari di come si fa con lo studio della lingua materna o con altre discipline, quale la matematica. Lo spazio assorbito dall'insegnamento delle nozioni basilari di ordine scientifico e tecnologico finirà a discapito di quello dapprima occupato da studi di natura diversa. È palese, insomma, il rischio di una forte contrazione dell'area dapprima riservata alle discipline umano-sociali, con effetti negativi alla cui messa in chiaro non occorre qui far luogo a motivo della loro notorietà.

Occorre allora chiedersi se i guasti che potrebbero aversi nello scenario appena descritto, la cui entità non siamo ad oggi in grado di stabilire se non con molta approssimazione, possano essere nella loro portata almeno in parte circoscritti, se non pure – come si è accennato – in tutto riparati.

La risposta a questo cruciale ed inquietante quesito richiede una preliminare notazione di ordine teorico a riguardo del rapporto tra politica, scienza e Costituzione.

È ormai acclarato che ciascuno dei termini della relazione si offre agli altri, allo stesso tempo in cui da essi si alimenta incessantemente, attingendo elementi necessari al proprio rinnovamento interno. Nessuno, insomma, può fare a meno degli altri; e possono addursi molte testimonianze a sicura conferma di quest'assunto.

Naturalmente, il condizionamento può anche essere di segno negativo; basti solo pensare ai perniciosi effetti prodotti da una politica miope e non lungimirante, che non abbia investito le risorse adeguate a sostegno della scienza, di cui proprio nella sofferta congiuntura in atto sono apparse lampanti le conseguenze, tra le più vistose delle quali la drammatica carenza di posti-letto di terapia intensiva che speriamo essere ormai non più avvertita come nella fase crescente della diffusione del virus, una carenza che ha obbligato a scelte innaturali o, diciamo pure, mostruose tra le persone cui destinarli [su ciò, richiamo qui solo l'intervista a L. Ferrajoli, L. Eusebi, G. Trizzino ed a me su *Scelte tragiche e Covid-19*, curata da R.G. Conti, per *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 24 marzo 2020, e, nella stessa *Rivista* l'intervista su *Tragic choices, 43 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia*, nonché, ora, l'intervento di C. Casonato all'incontro su *Stato di diritto emergenza e tecnologia*, cit.].

Per altro verso, i decisori politici hanno con insistenza messo in chiaro il ruolo giocato dagli scienziati e dagli esperti in ordine alla definizione delle misure volte a far fronte all'emergenza, a conferma appunto del fatto che sulle questioni scientificamente sensibili non può comunque farsi a meno delle indicazioni che vengono dai tecnici, per quanto poi l'ultima parola spetti (e non possa che spettare) ai primi che ne portano la responsabilità (diffusa, oltre che istituzionale).

Dal suo canto, la stessa Costituzione è fatta oggetto, specie in alcuni suoi disposti ed in relazione a vicende scientificamente riguardate, di riletture che portano esse pure il segno marcato del condizionamento della scienza. Se ne ha riprova, ad es., in relazione alle esperienze d'inizio e finevita, in occasione del cui verificarsi lo scioglimento di alcuni nodi assai stretti si è potuto avere proprio facendo capo agli esiti delle acquisizioni della scienza, mentre altri sono rimasti legati a motivo delle incertezze e divisioni ad oggi presenti in seno a quest'ultima.

Talvolta, è parso che la Costituzione attingesse parassitariamente agli esiti suddetti e che, dunque, dovesse restare priva del soccorso che questi avrebbero potuto offrire proprio a causa della loro inconsistenza. Ad es., in [Corte cost. n. 84 del 2016](#), con riguardo alla spinosa questione della destinazione degli embrioni crioconservati alla ricerca scientifica, il giudice delle leggi ha rilevato che, nulla di sicuro potendosi ad oggi stabilire circa il tempo della integra conservazione degli embrioni stessi, in attesa che la scienza faccia al proprio interno chiarezza, la Costituzione è obbligata a restare muta e che, pertanto, lo stesso giudice non era messo in condizioni di entrare nel merito della questione di costituzionalità sottopostagli, dichiarata per ciò inammissibile. Allo stesso tempo, tuttavia, si è precisato che a decidere – malgrado le divisioni esistenti nel mondo della scienza – avrebbe comunque potuto essere il legislatore, fermo restando il sempre possibile sindacato secondo ragionevolezza sui contenuti delle decisioni in parola.

Una pronunzia, questa, fatta oggetto di plurimi commenti di vario segno, da chi scrive qualificata come “pilatesca”, ma che, ad ogni buon conto, è assai indicativa del ruolo giocato dalla scienza quale fonte da cui incessantemente si alimenta la stessa Costituzione. Il punto è, però, che siffatta alimentazione non è (e non può mai essere) meramente parassitaria, per la elementare ragione che si dà un punto fermo dal quale tanto la scienza quanto la politica si tengono (e devono costantemente tenersi) nel loro incessante sviluppo, costituito dai principi fondamentali nei quali si riassume ed emblematicamente esprime il patrimonio dei valori parimenti fondamentali sui quali si regge la Repubblica, espressivi di un'etica pubblica indisponibile da parte di chiunque, scienziato od operatore istituzionale che sia.

Per ciò che specificamente riguarda la condizione dei soggetti tecnologicamente sprovveduti o disarmati, il valore che più di ogni altro viene in modo diretto evocato in campo per dare ad essi soccorso è (e non può che essere se non) quello della solidarietà di cui essi hanno particolare bisogno

per sopravvivere in una società tecnologicamente informata, un bisogno disperato, esattamente come quello di chi non sa nuotare e sta per affogare se non riceve un salvagente al quale aggrapparsi. Ed è interessante notare che, estendendosi le prestazioni di solidarietà anche ai diritti tradizionalmente qualificati come “civili”, verrà ancora più a scemare di significato la distinzione che usualmente si fa tra gli stessi e i diritti c.d. “sociali”, tutti comunque bisognosi di costante supporto da parte dei pubblici poteri, secondo peraltro l’indicazione che se ne ha all’art. 117, comma 2, lett. m) della Carta.

Occorre, insomma, che la società si organizzi (e – mi preme sottolineare – che lo faccia con la massima celerità ed accortezza), in modo tale da mettere in grado le persone “diversamente abili”, nel senso sopra precisato, di poter ugualmente far valere i propri diritti ed adempiere ai propri doveri, che non le lasci dunque sole con se stesse, in una condizione di sostanziale abbandono e di emarginazione.

Non saprei qui dire quali soluzioni di ordine tecnico possano al riguardo stabilirsi; sull’obiettivo, nondimeno, non possono aversi dubbi o tentennamenti circa la necessità di raggiungerlo, da esso dipendendo a conti fatti la sopravvivenza stessa dello Stato di diritto, per come abbiamo imparato a conoscerlo e ad apprezzarlo quale l’*humus* adeguato all’affermazione ed alla salvaguardia della persona, nell’accezione invalsa negli ordinamenti di tradizioni liberali.

Solo attingendo a tutte le risorse che la solidarietà è in grado di apprestare e piegandola al servizio della “coppia assiologica fondamentale” – come a me piace chiamarla – di libertà ed eguaglianza (specie sostanziale) è possibile dare appagamento al bisogno di agevolare lo sviluppo scientifico e tecnologico senza, al tempo stesso, correre il rischio di una crescente disumanizzazione della società, di un allargamento a dismisura della forbice che è causa di quel *distanziamento costituzionale*, di cui si diceva, che, a conti fatti, si traduce in *vulnus* non rimarginabile per la dignità della persona.

La tecnologia – si è rammentato – può, per la sua parte, farsi veicolo di solidarietà, concorrendo dunque all’appagamento di bisogni dell’uomo intensamente avvertiti ma può anche – come si è venuti dicendo – rivoltarsi contro i diritti della persona ed ostacolare l’adempimento dei doveri sulla stessa gravanti. È proprio qui che può (e deve) emergere il volto umano del diritto, nel suo disporsi a dar voce alle persone “diversamente abili”, nel senso sopra precisato, ed a recuperarle – perlomeno, fin dove possibile – al consorzio sociale, le cui dinamiche interne ormai non possono più fare a meno dell’utilizzo, intenso e diffuso, delle risorse apprestate dalla scienza e dalla tecnologia.

Fiammetta Salmoni

**Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul
Quantitative easing: una decisione politica che chiude la strada alle misure di
mutualizzazione del debito e la apre al MES***

ABSTRACT: *The paper comments on the sentence of the German Federal Constitutional Court which declared Germany's participation in the public sector purchase program, PSPP, implemented by the European Central Bank - ECB, partially unconstitutional. The paper discusses the current and future implications of the important decision*

1. Nella sua pronuncia [adottata il 5 maggio 2020](#), il Tribunale costituzionale federale tedesco ha giudicato della legittimità costituzionale del *Quantitative Easing* (QE), il programma di politica monetaria non convenzionale (*Public Sector Purchase Programme, PSPP*) creato dalla BCE nel 2015, durante la crisi finanziaria, per sostenere le economie degli Stati UE finanziariamente più fragili.

Il funzionamento del QE, semplificando al massimo, può essere sintetizzato come segue: la BCE acquista i titoli di Stato o altre obbligazioni dei Paesi della zona euro, con l'obiettivo di aiutare gli Stati membri a finanziarsi sui mercati, aumentandone la liquidità. In questo modo il prezzo dei titoli sale ed il loro rendimento scende, perché i tassi di interesse si abbassano. Quindi, mettendo in circolazione più moneta e riducendo i tassi di interesse (cioè il costo dei prestiti) si cercano di stimolare gli investimenti e la ripresa.

Ovviamente, gli acquisti previsti dal QE sono posti in essere dalle Banche centrali nazionali ed è proprio per questo che il BVerfG, il 17 agosto 2017¹, presentò alla Corte di giustizia UE una domanda di pronuncia pregiudiziale, ritenendo che il QE fosse un modo per aggirare il divieto di finanziare direttamente gli Stati dell'Unione, previsto dall'art. 123, TFUE, attraverso il quale la BCE superava i limiti del proprio mandato, incidendo sulle competenze di politica economica degli Stati membri.

Alle richieste del Tribunale costituzionale federale tedesco, il giudice di Lussemburgo rispose con la sua sentenza dell'11 dicembre 2018, resa in causa C-493/17, *Weiss et al.*, che riassume, quindi, per grandi linee affinché sia possibile comprendere appieno la portata della pronuncia del BVerfG del 5 maggio 2020, che rappresenta l'ultimo tassello di un difficile e tormentato rapporto tra la Corte di giustizia e la Corte di Karlsruhe.

2. In questa sentenza, il giudice di Lussemburgo, riprendendo in gran parte le argomentazioni già rese in *Gauweiler*, aveva dichiarato: 1) che per stabilire se una misura rientri o meno nella politica monetaria di competenza della BCE, occorre fare riferimento principalmente agli obiettivi e ai mezzi messi in campo da tale misura per raggiungere detti obiettivi (punto 53)²; 2) che una misura di politica monetaria non può essere equiparata ad una misura di politica economica per il solo fatto che essa è suscettibile di produrre effetti indiretti che possono essere ricercati anche nel quadro della politica economica (punto 61)³; 3) che la gestione della politica monetaria implica in permanenza interventi sui tassi di interesse e sulle condizioni di rifinanziamento delle banche, il che ha necessariamente delle conseguenze sulle condizioni di finanziamento del *deficit* pubblico degli Stati membri (punto 64)⁴; 4) che per realizzare gli obiettivi di politica monetaria, quali risultano dal diritto primario, la BCE e le Banche centrali degli Stati membri possono, in linea di principio, operare sui mercati

* Contributo referato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

¹ Cfr., [Decisions of the Federal Constitutional Court, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE 146, 216.](#)

² Si vedano altresì sentenze del 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, punti 53 e 55; nonché del 16 giugno 2015, *Gauweiler*, C-62/14, punto 46.

³ Cfr., sent. 27 novembre 2012, *Pringle*, cit., punto 56, sent. 16 giugno 2015, *Gauweiler*, cit., punto 52.

⁴ Cfr., sent. 16 giugno 2015, *Gauweiler*, cit., punto 110.

finanziari comprando e vendendo a titolo definitivo strumenti negoziabili denominati in euro, con la conseguenza che il QE altro non è che uno degli strumenti della politica monetaria previsti dal diritto primario (punto 69)⁵.

In aggiunta a ciò, la CGUE aveva dichiarato che proprio in virtù delle modalità della sua applicazione, gli effetti del *Quantitative easing* sono limitati a quanto è necessario per realizzare l'obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi e sono, quindi, proporzionali rispetto agli obiettivi della politica monetaria: *a*) perché la mancanza di selettività di tale programma assicura che l'azione del SEBC produrrà i suoi effetti sulle condizioni finanziarie dell'insieme della zona euro e non risponderà ai bisogni specifici di finanziamento solo di alcuni Stati membri di questa zona; *b*) perché è destinato ad essere attuato unicamente durante il periodo necessario per raggiungere l'obiettivo previsto e presenta dunque un carattere temporaneo; *c*) perché il volume dei titoli acquistabili nell'ambito di tale programma è limitato; *d*) perché quali siano i titoli oggetto del QE è deciso preventivamente a livello mensile, proprio per assicurare un intervento sui mercati proporzionale al mandato della BCE.

Riguardo, infine, alla compatibilità del QE con il divieto di finanziamento monetario previsto dall'art. 123 TFUE, il giudice lussemburghese aveva sottolineato che, nell'ambito del programma che prevede il *Quantitative easing*, la BCE non acquista titoli direttamente presso le autorità e gli organismi pubblici degli Stati membri, bensì soltanto indirettamente, sui mercati secondari, e i soggetti privati non possono “prevedere con certezza se determinati titoli verranno effettivamente riacquistati, sui mercati secondari, nell'ambito del PSPP” il che assicura che il QE sia in linea con lo scopo ultimo del divieto di finanziamento monetario, ovvero assicurare che gli Stati Membri attuino una politica fiscale responsabile.

3. L'attuale pronuncia del Tribunale costituzionale federale tedesco rappresenta la risposta della Germania alla suddetta sentenza della Corte di giustizia UE.

Una risposta che ha un connotato decisamente politico, resa con argomentazioni finissime, in quanto *da una parte*, ci si affretta a sostenere che il *Quantitative easing* è uno strumento che può rientrare nella politica monetaria della BCE e, quindi, ne sarebbe consentita l'adozione. Ciò perché, nonostante le politiche della BCE abbiano delle ricadute sulle politiche fiscali degli Stati Membri, non è detto che solo per questo motivo ne sia inficiata la validità, né tantomeno venga automaticamente meno la loro natura “monetaria”. In altri termini, le decisioni della BCE non possono essere tacciate, *a priori*, di violare il divieto di finanziamento monetario previsto dall'art. 123, TFUE.

Dall'altra, tuttavia, afferma che, il giudicato della CGUE, non tenendo conto dell'importanza del principio di proporzionalità previsto dell'art. 5, TUE, ha adottato una decisione che è essa stessa *ultra vires*. È vero, che “the interpretation put forward by the CJEU is, in principle, binding upon the Federal Constitutional Court. However, in this case the delimitation of competences undertaken by the CJEU is simply untenable”⁶. La Corte lussemburghese, insomma, avrebbe violato l'art. 19, TUE, *autolimitando* il proprio controllo sulle decisioni della BCE che adottavano il QE⁷, limitandosi a verificare che non andassero *manifestamente* oltre quanto necessario per raggiungere il proprio obiettivo, senza appurare se gli svantaggi del predetto Programma fossero *manifestamente* sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti. Tuttavia, applicato in maniera così restrittiva, il principio di proporzionalità non può assolvere la sua funzione correttiva ai fini della salvaguardia delle competenze degli Stati membri *ex art. 5, TUE*⁸.

Insomma, l'accusa mossa alla Corte di giustizia è quella di non aver verificato con la dovuta scrupolosità e precisione se l'adozione delle misure di *Quantitative easing* violassero o meno la ripartizione di competenze tra UE e Stati membri e se effettuassero o meno un corretto bilanciamento

⁵ Cfr., sent., 16 giugno 2015, *Gauweiler*, cit., punto 54.

⁶ Cfr., BVerfG, *Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15 -*, par. 117.

⁷ Cfr., BVerfG, *2 BvR 859/15*, cit., par. 159.

⁸ Cfr., BVerfG, *2 BvR 859/15*, cit., par. 123.

tra le esigenze della politica monetaria dell'Unione e quelle delle politiche di bilancio degli Stati membri⁹. Di conseguenza, il BVerfG ha dichiarato di non essere vincolato dalla sentenza *Weiss* del dicembre 2018¹⁰ e di dover, quindi, condurre *ex novo* un proprio esame di legittimità costituzionale per determinare se le decisioni della BCE in merito all'adozione e all'attuazione del PSPP appartengano o meno all'ambito delle competenze conferitegli dal diritto primario dell'UE¹¹.

4. Una sentenza che arriva a delle conclusioni importanti, con dissertazioni raffinatissime, perché, pur *disconoscendo* il giudicato della CGUE, afferma la legittimità costituzionale dei Programmi monetari della BCE, ma *a condizione* che il governo ed il Bundestag possano esaminare le motivazioni delle decisioni della BCE.

Secondo il giudice delle leggi tedesco, inoltre, il PSPP della BCE avrebbe gli stessi effetti degli strumenti di assistenza finanziaria previsti dagli artt. 12 ss. del Trattato istitutivo del MES¹². In altri termini, attraverso il *Quantitative easing*, la BCE starebbe agendo quale prestatore di ultima istanza, in violazione dell'art. 123, TFUE, a meno che non sia in grado di dimostrare che questi interventi siano stati effettuati rispettando il principio di proporzionalità e bilanciando tra le ragioni di politica monetaria dell'UE e quelle di politica economica degli Stati membri.

L'incostituzionalità del QE per violazione dell'autonomia fiscale e di bilancio della Germania, da attivare quale controlimita all'ingresso nell'ordinamento tedesco di siffatti Programmi nel caso in cui la compressione della politica fiscale non sia adeguatamente bilanciata con i benefici attesi dalla politica monetaria della BCE, è, dunque, per ora, solo *annunciata*.

Ma se, dopo un periodo transitorio di tre mesi, non si avrà il suddetto necessario coordinamento con l'Eurosistema, a quel punto la Bundesbank non darà più seguito all'attuazione e all'esecuzione delle decisioni della BCE in questione, a meno che il Consiglio direttivo della BCE non adotti una nuova decisione che “dimostrì in modo comprensibile e motivato che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti dal PSPP non sono sproporzionati rispetto agli effetti di politica economica e fiscale risultanti dal programma”. Se ciò non dovesse accadere, alla scadenza del termine di tre mesi la Bundesbank dovrà “garantire che le obbligazioni già acquistate e detenute in portafoglio siano vendute sulla base di una strategia - possibilmente a lungo termine - coordinata con l'Eurosistema”¹³.

Ma qual è il vero *punctum dolens* del BVerfG?

Ebbene, tra le maglie dell'odierna sentenza vi è un *obiter dictum* in base al quale il giudice tedesco afferma che la *ripartizione tra le Banche centrali degli Stati membri della totalità delle perdite che possono essere subite da una di esse* a seguito di un eventuale *default* di uno Stato membro, violerebbe la sovranità fiscale della Germania¹⁴. Questo perché ciò potrebbe comportare il rischio di una ricapitalizzazione della Bundesbank, il che equivarrebbe essenzialmente ad un'assunzione di responsabilità per decisioni prese da terzi con conseguenze potenzialmente imprevedibili, il che è

⁹ Rather, as long as the CJEU applies recognised methodological principles and the decision it renders is not objectively arbitrary from an objective perspective, the Federal Constitutional Court must respect the decision of the CJEU even when it adopts a view against which weighty arguments could be made. Cfr., BVerfG, 2 BvR 859/15, cit., par. 112.

¹⁰ Cfr., BVerfG, 2 BvR 859/15, cit., par. 163.

¹¹ Cfr., A. MANGIA, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, che afferma “dall'angolazione del diritto dell'Unione, a giudicare in via definitiva dell'ampiezza degli ordinamenti nazionali non può che essere la Corte di Giustizia, nel momento in cui si pronuncia sulla competenza dell'ordinamento dell'Unione, sia pure nei limiti di efficacia delle sue pronunce. Dal punto di vista degli ordinamenti nazionali, però, la determinazione dei confini resta affare delle Corti di chiusura, in conformità ai meccanismi di rinvio e/o di copertura previsti dai singoli ordinamenti secondo la stessa logica di autolimitazione già descritta da S. Romano, con tutti i problemi che ne discendono in termini di certezza del diritto e, soprattutto, di conflitto –reale o potenziale – tra pronunce” (*ivi*, 864).

¹² Cfr., BVerfG, 2 BvR 859/15, cit., par. 171.

¹³ Cfr., *ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme exceed EU competences*, Press Release No. 32/2020 of 05 May 2020, 4.

¹⁴ Cfr., BVerfG, 2 BvR 859/15, cit., par. 227.

inammissibile ai sensi della Legge fondamentale¹⁵.

Mediante questa puntualizzazione, dunque, il Tribunale costituzionale federale tedesco fa chiarezza sulla posizione della Germania nell'ipotesi di un'eventuale *mutualizzazione del debito*, quale quella prospettata dai governi di alcuni Stati membri dell'UE per fare fronte all'attuale emergenza da COVID 19, che proponevano l'attivazione dei c.d. *Coronabond* (o *Eurobond*), cioè di titoli di Stato emessi dall'Unione Europea, ma garantiti da tutti i Paesi dell'Unione¹⁶. In questo modo, i debiti sostenuti per fronteggiare la crisi pandemica dovrebbero ricadere su tutti gli Stati membri dell'UE e avrebbero come conseguenza la mutualizzazione del debito presente, passato e futuro.

Ed è proprio attraverso il suo *obiter dictum* che la Corte di Karlsruhe informa solennemente l'Unione europea che qualunque ipotesi di mutualizzazione del debito sarà considerata incostituzionale perché violerebbe la responsabilità complessiva di bilancio del Bundestag tedesco. Il che pone un'ipoteca anche sull'attivazione dei c.d. *Recovery bond*, titoli che, su proposta del governo francese, dovrebbero essere emessi dal c.d. *Recovery fund* di nuova istituzione e garantiti dal bilancio dell'Unione Europea, il che limiterebbe la mutualizzazione ai debiti futuri. Nulla lascia intendere, quindi, che la Repubblica federale tedesca sia disponibile anche solo a questa mutualizzazione *light pro futuro*.

Lo scenario di fronte al quale ci troviamo, dunque, è ben poco rassicurante. Perché se la Bundesbank dovesse ritirarsi dai Programmi di interventi della BCE, incluso il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), il nuovo Programma di acquisti approvato dalla BCE sino alla fine del 2020 in risposta alla crisi da COVID 19 e decidesse, contestualmente, di non partecipare ad alcun programma di mutualizzazione del debito, neanche a quello più *soft* rappresentato dai *Recovery bond* (sarà forse per questo motivo che, a distanza di poche ore dalla sentenza del BVerfG è slittata, a data da destinarsi, la proposta UE per il bilancio e per il *Recovery fund*), rimarrebbe praticabile soltanto una strada: quella dell'accesso incondizionato all'assistenza finanziaria del MES, con tutte le gravi conseguenze che essa comporta per le politiche economico-finanziarie degli Stati che ne usufruiscono. Una strada che, evidentemente, è quella non solo più rassicurante, ma anche remunerativa per la Germania.

Per la sentenza in commento, quindi, *tertium datur*.

¹⁵ Cfr., BVerfG, *Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15 -*, par. 227.

¹⁶ Già proposti nel 2011, durante la crisi dei debiti sovrani nell'Eurozona.

Alessandro Rosario Rizza
Il decreto legge anomalo nel sistema delle fonti*

ABSTRACT: *Reconstructing some ideas proposed in doctrine, the Author analyzes the emergency decree in the sources of law, applying the criteria for the resolution of antinomies. In the discussion, the Author compares the emergency decree with the ordinary law decree, governed by the art. 77 of Constitution.*

SOMMARIO: 1. Il fondamento giuridico e l'emergenza quale presupposto. – 2. La (non) successione nel tempo e la debolezza del criterio cronologico. – 3. Il decreto legge anomalo nel sistema delle fonti e gli altri criteri di risoluzione delle antinomie. Il criterio gerarchico. – 4. Una premessa necessaria. Circoscrivere il criterio gerarchico nel tempo dell'emergenza e il ruolo del criterio di specialità. – 5. Un ripensamento del problema. Il rapporto con la legge di conversione, il criterio di specialità come controlimite e il ruolo della Corte costituzionale.

1. *Il fondamento giuridico e l'emergenza quale presupposto.*

Giuseppe Ferrari, nella sua voce enciclopedica sulla guerra, ritenne possibile che il Governo potesse affrontare uno stato di belligeranza attraverso l'emanazione di peculiari decreti legge che l'Autore definì, come rievocato nel titolo, «anomali», sebbene subordinati alla regola della conversione in legge, come prevista dall'articolo 77 della Costituzione¹.

Da qui, si può ancora oggi ritenere che il decreto legge anomalo, sebbene corrispondente – sotto un profilo formale – alla decretazione d'urgenza disciplinata in Costituzione, ne differirebbe nella sostanza, sotto un profilo di cogenza e contenuto.

Le due fonti si erigono su differenti presupposti giuridici: la decretazione di necessità, per ricorrere ad una espressione di Maurizio Malo², si fonda sulle condizioni indicate nell'articolo 77 della Costituzione, ad essa rivolgendosi solo in casi straordinari di necessità ed urgenza³.

Quest'ultima espressione ha suscitato dubbi ed alimentato contrasti sia in letteratura che in giurisprudenza. Secondo Roberto Bin, sarebbe possibile, per esempio, affidare un significato specifico a ciascun requisito⁴, mentre, da una diversa prospettiva, la Corte costituzionale ha ritenuto, così accogliendo la tesi sostenuta in dottrina da Federico Sorrentino, che l'espressione sia riassumibile in unico requisito⁵. Il tutto nella consapevolezza che un'interpretazione simile, da un lato, rischia di inserire un largo margine di elasticità in capo al Governo; dall'altro, permette al diritto di adeguarsi facilmente alla realtà⁶.

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ G. FERRARI, voce *Guerra*, in *Enc. dir.*, XIX, Roma 1970, spec. 845-847.

² M. MALO, *Art. 77*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, spec. 706 ss.

³ Su tali elementi come «presupposto» e come «fondamento»: F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Bologna 2004, spec. 150.

⁴ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2015, spec. 392. I «casi straordinari» sono legati a circostanze eccezionali ed imprevedibili; la «necessità» si riferisce alla circostanza per cui non sarebbe possibile ricorrere all'uso degli ordinari strumenti legislativi; il requisito «urgenza» rende indispensabile produrre immediatamente un atto cogente. Sull'urgenza, *contra*, [Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 62](#), con nota di B. DI GIANNATALE, *Solidarietà ambientale e tutela uniforme del diritto alla salute nel riparto di competenza tra Stato-Regioni*, in *Giur. it.*, 2006, 19.

⁵ F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., 151, secondo cui i requisiti, nel loro insieme, vanno intesi come «impossibilità di un tempestivo intervento parlamentare nella forma della legge ordinaria».

⁶ [Corte cost., 30 maggio 2007, n. 171](#), con nota di F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*, in *Giur. cost.*, 2007, 1676. Secondo la pronuncia «l'espressione usata dalla Costituzione per indicare i presupposti alla cui ricorrenza è subordinato il potere del Governo di emanare norme primarie ancorché provvisorie – ossia i casi straordinari di necessità ed urgenza – se da un lato evidenzia il carattere singolare di detto potere rispetto alla disciplina delle fonti di una Repubblica parlamentare, dall'altro, però, comporta l'inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di

Peraltro, in dottrina, si è anche coralmemente revocato in dubbio la concreta esistenza di questi requisiti, stante l'uso ormai generalizzato del decreto legge⁷, il che non ha però influito sull'orientamento della Corte costituzionale, che può, pacificamente, estendere il suo sindacato anche al merito di questi elementi⁸.

Tralasciando queste problematiche, che in tal sede interessano *incidenter tantum*, è interessante ricordare la riflessione di Livio Paladin. Secondo il noto costituzionalista, la necessità e l'urgenza non sarebbero qualificabili come fonte del diritto in senso proprio, bensì come presupposti giuridici ed elementi interni del decreto legge⁹. Quest'ultimo sarebbe, invece, fonte del diritto autonoma ed assorbente¹⁰.

Sulla stessa linea di pensiero, si colloca anche il pensiero di Stefano Maria Cicconetti, secondo cui, sotto un profilo comparatistico ed interdisciplinare, urgenza e necessità sarebbero paragonabili al ruolo che, nel sistema privatistico, svolgerebbe la causa del contratto¹¹.

Al contrario, il decreto legge anomalo avrebbe, per fondamento primo, l'emergenza. Quest'ultima può essere definita «una situazione di crisi o di pericolo da affrontare con tempestività e risolutezza, di particolare gravità per le istituzioni o per il paese, nel quale di solito le pubbliche autorità assumono poteri speciali»¹².

L'emergenza, secondo l'idea prevalsa in letteratura, avrebbe invece un fondamento extragiuridico, classificabile come fonte del diritto, sebbene non istituzionale, quanto meno d'eccezione¹³.

Sebbene Massimo Luciani lo abbia escluso in un recente scritto¹⁴, ed Alessandro Pace sembra collocarsi in una posizione intermedia, Santi Romano scriveva che essa va intesa come «fonte prima

elasticità»; «infatti la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi».

⁷ Così A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Torino 1999, spec. 50; A. SIMONCINI, *Dieci anni di decretazione d'urgenza*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006: le fonti statali*, Torino 2007, spec. 140, secondo cui il decreto legge tende ad atteggiarsi ormai come fonte tipica o, addirittura, preferenziale, usata non più per gestire una urgenza quanto per la «sua caratteristica propria», che si sostanzia nell'avere «la forza della legge, ma non il suo procedimento».

⁸ Per tutte, [Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 29](#), con nota di A. CELOTTO, *Rilevanti aperture della Corte costituzionale sulla sindacabilità dei decreti legge*, in *Giur. it.*, 1995, 394. La pronuncia rappresenta un passo importante che ha tutt'ora seguito nell'indirizzo giurisprudenziale: straordinarietà, necessità ed urgenza costituiscono «un requisito di validità costituzionale dell'adozione» del decreto legge, «di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto legge (...) quanto un vizio *in procedendo* della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione». Per un recente seguito, a conferma dell'orientamento, v. [Corte cost., 19 luglio 2013, n. 220](#), con nota di N. MACCABIANI, *Limiti logici (ancor prima che giuridici) alla decretazione d'urgenza nella sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2013*, in *Giur. cost.*, 2013, 3242.

In letteratura si rimanda ad A. CONCARO, *Il sindacato di legittimità sul decreto legge*, Milano 2000 ed a R. ROMBOLI, *Decreto legge e giurisprudenza costituzionale*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata 2006, spec. 107 ss.

⁹ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, spec. 239-240, secondo cui lo stato di necessità non è fonte del diritto ma «presupposto giustificativo» del decreto legge stesso.

¹⁰ Così R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, spec. 57 ss., secondo cui solo il decreto legge è fonte del diritto in senso «formale» e «materiale».

¹¹ S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2007, spec. 300 ss.

¹² G. DEVOTO, G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Varese 2008.

¹³ Argomentando dal pensiero di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, Padova 1992, *passim*.

¹⁴ [M. LUCIANI, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza](#), in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in [Consulta OnLine](#), spec. 4, secondo cui «la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo».

ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate»¹⁵.

La tesi è successivamente accolta da Paolo Barile che ne propone una dicotomia, secondo cui l'emergenza sarebbe potuta essere (e può essere) «fonte naturale» o «fonte straordinaria» del diritto¹⁶. Questa visione è stata infine cesellata, già nell'ormai lontano 2003, da Giuseppe Marazzita nel suo contributo sull'emergenza costituzionale¹⁷.

Partendo da queste premesse, secondo cui il decreto legge ordinario avrebbe fondamento costituzionale, mentre il decreto legge anomalo si baserebbe su un elemento extragiuridico che assurgerebbe ad autonoma fonte del diritto, vanno osservate le ricadute di una simile ricostruzione.

2. La (non) successione nel tempo e la debolezza del criterio cronologico.

Una prima conseguenza è rappresentata dal fatto che il decreto legge emergenziale sarebbe immune al naturale criterio cronologico, a differenza, invece, di quello ordinario. Mentre questo si muoverebbe in prospettiva diacronica, il decreto legge anomalo sarebbe una fonte munita di una data di scadenza¹⁸, anche implicita e subordinata all'andamento dell'emergenza stessa, sul cui fondamento dottrinale tornerò alla fine del presente paragrafo.

Si prenda, ad esempio paradigmatico, una recentissima antinomia, terreno fertile per sondare la tesi: durante la crisi sanitaria originata dal Covid-19, il d.l. n. 18 del 2020 ha stabilito la sospensione dei termini processuali fino al 15 aprile, mentre il d.l. n. 23 del 2020 ha prorogato la sospensione fino all'11 maggio.

Dopo quest'ultimo provvedimento, è intervenuta la legge n. 27 del 2020 di conversione del primo decreto legge, la quale non ha alterato il termine del 15 aprile, con evidente difetto di coordinamento circa la data finale relativa alla paralisi dell'attività giudiziaria.

Applicando il criterio cronologico, trattandosi apparentemente di un problema di successione di leggi nel tempo – come sembra suggerire anche Giorgio Costantino – andrebbe ritenuto che la legge n. 27 del 2020, essendo successiva nel tempo al d.l. n. 23 del 2020, abbia stabilizzato il termine finale al 15 aprile 2020¹⁹. In questo senso, il secondo decreto legge andrebbe considerato abrogato dalla stessa legge di conversione, e il suo ambito temporale applicativo sostanzialmente nullo, né potrebbe salvarsi con una legge di conversione successiva, giacché la prima legge ha convertito la

¹⁵ Così S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, spec. 220.

¹⁶ Si rimanda al pensiero dell'Autore spec. in P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984. Nel complesso, l'Autore ritiene che, in caso di emergenza, i decreti legge ed i provvedimenti di polizia straordinari si fondano sull'emergenza come fonte straordinaria del diritto, ammettendo che questi atti possono essere adottati anche da organi incompetenti, pur facendo salva la possibilità di una successiva convalida da parte dell'organo effettivamente competente.

¹⁷ Cfr. le premesse da cui muove il lavoro G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano 2003.

¹⁸ Sull'ammissibilità delle fonti temporanee nell'ordinamento italiano si rimanda, non esaustivamente, a R. GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Milano 2010, spec. 286 ss., che fa riferimento alle norme transitorie in senso strutturale e funzionale; I.M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino 2014, spec. 101; G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano 2008.

Per un riferimento *de jure posito* cfr. l'art. 2 co 4 c.p. laddove fa riferimento alle «leggi temporanee»; cfr. anche i *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, V. *Relazione sul Libro primo del Progetto*, Roma 1929, spec. 24.

Indizi in tal senso sono rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, ed in particolare nella possibilità del Giudice delle Leggi di rilevare la cosiddetta incostituzionalità sopravvenuta di alcune disposizioni, dichiarandole incostituzionali, ma con una efficacia circoscritta nel tempo: la casistica è ampia, ma si rimanda a titolo esemplificativo a [Corte cost., 5 maggio 1988, n. 501](#), con nota di S. BARTOLE, *Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisione di accoglimento (in materia di pensioni di magistrati)*, in *Giur. cost.*, 1988, 2370.

¹⁹ Cfr. F. DE STEFANO, G. COSTANTINO, M. ORLANDO, *La giustizia da remoto: adelante... con juicio*, in [Giustizia Insieme](#), 2 maggio 2020.

disposizione sui termini senza introdurre, sul punto, alcun genere di emendamento, così generando quell'ormai ammessa novazione che involge, retroattivamente²⁰, il *medio tempore*²¹.

Il che condurrebbe a risultati del tutto iniqui.

Il problema potrebbe risolversi in termini differenti, ritenendo che il decreto legge anomalo sia fonte ad effetti circoscritti, derivati dall'emergenza attuale. Dunque, la conversione del primo decreto legge esplicherebbe gli effetti della sospensione dei termini fino al 15 aprile, mentre il secondo decreto legge, sebbene anteriore alle legge di conversione, regolerebbe un periodo emergenziale successivo rispetto a quello disciplinato dal primo: quest'ultimo, infatti, avrebbe già esaurito i suoi effetti e la conversione, solo formalmente novativa, ne avrebbe cristallizzato le conseguente giuridiche in quel dato e pregresso momento.

Il decreto legge anomalo, allora, sarebbe un atto dotato di una circoscrizione temporale *sui generis*: necessita della copertura di una legge di conversione, avendo forma rapportabile all'art. 77 della Costituzione: in caso contrario, decadrebbe, al pari del decreto legge ordinario, entro sessanta giorni²². Dall'altro lato, però, esso avrebbe una forza quasi ultra-attiva, continuando a dispiegare i propri effetti anche in quel periodo successivo, in cui, secondo il criterio cronologico, andrebbe considerato abrogato. Adottando questa prospettiva, il d.l. n. 23 del 2020, per esempio, resisterebbe alla l. n. 27 del 2020, inidonea a produrne l'abrogazione.

Una ricostruzione simile, adesiva alla volontà storica del legislatore²³ ed obbediente alle ragioni del buon senso, si fonda sulla peculiarità della fonte giuridica temporanea ed eccezionale, che si può tratteggiare, nel suo aspetto teorico, ricordando il pensiero di tre autori.

Giampaolo Parodi, nel suo studio sulle fonti, non esclude l'esistenza di fonti ordinamentali provvisorie, munite di una «efficacia circoscritta nel tempo indipendentemente dalla futura entrata in vigore ed applicazione di una disciplina a regime», che, nell'esempio, sarebbe rappresentata proprio da quella legge di conversione successiva al secondo decreto legge emergenziale²⁴.

Lo stesso concetto è stato espresso, in termini non molto dissimili, da Giuseppe Ugo Rescigno, secondo cui la norma temporanea sarebbe idonea a disciplinare anche casi futuri, che andrebbero così sottratti alla disciplina successiva. Quest'ultima, sebbene in tesi vigente, sarebbe inapplicabile, perché la forza della norma temporanea va riconnessa alla permanenza di una data situazione e al ricorrere di determinati eventi²⁵.

Risolto in questi termini il rapporto tra decreto legge anomalo (anteriore) e legge di conversione del primo (successiva), qualche perplessità potrebbe derivare dalla mancata previsione di una data particolare di vigenza.

Il quadro, dunque, si conclude richiamando il pensiero di Dario Micheletti. Anche l'Autore parla di norme «temporanee per funzione». Queste non sarebbero abrogabili da una disciplina successiva, perché sono, per loro natura, «agganciate» ad una situazione di fatto: oggi, l'emergenza sanitaria. L'Autore fornisce una coordinata fondamentale, ritenendo che queste disposizioni sono «funzionalmente connesse ad un contesto giuridico temporalmente circoscritto», anche se non espressamente munite di una efficacia temporale ristretta, la quale andrebbe dedotta dagli eventi: dunque, dalla realtà²⁶.

²⁰ Il termine è usato da R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto*, cit., 401.

²¹ Cfr. [Corte cost., 21 marzo 1996, n. 84](#), con nota di A. CELOTTO, *La spada di Damocle della Corte costituzionale non si abbatte sui decreti legge (della salvaguardia degli equilibri istituzionali come limite al sindacato sugli abusi della decretazione di urgenza)*, in *Giur. it.*, 1996, 372. La novazione «mira a ripristinare un *continuum* normativo facendo risalire nel tempo la nuova disciplina alla originaria disposizione decaduta e consolidandola negli effetti così da assicurare la permanenza dei medesimi senza soluzione di continuità».

²² Sulla necessità, comunque, di una legge di conversione cfr. P. PINNA, voce *Guerra*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino 1993, spec. 58.

²³ Ma critico verso questo criterio interpretativo G. GIADROSSI, *Materiale del corso di teoria e tecnica dell'interpretazione e della normazione*, Università degli Studi di Trieste 2016.

²⁴ G. PARODI, *Le fonti del diritto: linee evolutive*, Milano 2012, spec. 130.

²⁵ G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, spec. 78 ss.

²⁶ D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino 2006, spec. 523, 574.

3. Il decreto legge anomalo nel sistema delle fonti e gli altri criteri di risoluzione delle antinomie. Il criterio gerarchico.

Un profilo di interesse può riguardare la collocazione del decreto legge emergenziale all'interno del sistema delle fonti. Si è detto che, formalmente, riveste la medesima forma di un classico decreto legge.

Senonché la sua cogenza particolare deriva dal fatto che esso è il prodotto dell'esercizio di quei poteri necessari contemplati dalla Costituzione, all'articolo 78, nel caso della deliberazione dello stato di guerra, poteri che sarebbero, almeno sembra intuirsi testualmente, di «competenza» governativa, sul quale aspetto si ritornerà avanti.

Franco Modugno e Domenico Nocilla hanno ritenuto che la norma in esame sia applicabile, estensivamente, ad ogni situazione emergenziale, anche diversa dalla guerra²⁷, mentre un'opinione di segno inverso emerge nella tesi sostenuta da Andrea Giardina²⁸.

La prima tesi sembra più condivisibile, ricordando l'osservazione di Paolo Caretti, secondo cui «è difficilmente contestabile che, di fronte a situazioni di questo tipo, l'ordinamento debba dare risposte normative efficaci»²⁹.

Si guardi al contenuto di questi poteri, che poi sono gli stessi concretamente esercitati attraverso un atto giuridico. Secondo la tesi di Giuseppe Marazzita, si tratterebbe di poteri non riassumibili in un catalogo predeterminato, idonei, per loro natura, a comprimere ogni diritto fondamentale a tutela di un interesse collettivo supremo, la cui compromissione minerebbe l'intera *salus rei publicae*³⁰, sebbene non siano mancate letture di segno solo parzialmente inverso³¹.

Con l'esercizio dei poteri necessari sarebbe possibile anche influenzare l'organizzazione dello Stato, adeguandola al nuovo contesto emergenziale³². Non a caso, allora, secondo Pietro Giuseppe Grasso, i poteri necessari non sembrerebbero differenziarsi molto da quei pieni poteri di epoca albertina³³. La più attenuata formula usata in Assemblea Costituente condenserebbe il timore verso le larghe competenze che i Prefetti avrebbero potuto assumere nella vigenza statutaria durante lo stato di assedio³⁴. La formula, dunque, non sembra idonea ad escludere che «la Costituzione contiene il fondamento legittimante (espresso ancorché implicito) della normazione *extra ordinem*, sebbene l'operatività della legittimazione sia condizionata dall'intermediazione di una fonte primaria»³⁵, nel caso in esame, il decreto legge anomalo.

Ritornando al pensiero di Giuseppe Marazzita, l'Autore ha ritenuto che negli atti emergenziali sia ravvisabile l'esercizio concreto del potere costituente³⁶.

D'altra parte, il paragone è comprensibile se si tiene a mente che l'emergenza è un fattore metagiuridico, al pari della norma fondamentale su cui si fonda l'ordinamento³⁷.

²⁷ F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in AUTORI VARI, *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1988.

²⁸ Così A. GIARDINA, *Commento all'art. 78 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1978, spec. 114.

²⁹ P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2011, spec. 110.

³⁰ Sulla possibilità di comprimere, attraverso l'esercizio di questi poteri, ogni diritto fondamentale, cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza*, cit., spec. 321, nt. 163. In posizione intermedia G. FERRARI, voce *Guerra*, cit., spec. 845 che, nonostante sembrerebbe affermare la possibilità di limitare, in caso di emergenza, ogni diritto fondamentale, non manca di individuare un elenco di diritti che, invece, sarebbero insuscettibili di deroga.

³¹ In questa diversa prospettiva cfr. P. PINNA, voce *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino 1989, 481 ss., secondo cui sarebbero suscettibili di limitazione solo i diritti esercitabili in forma individuale e non anche collettiva.

³² In questo senso, sebbene con riferimento al contesto bellico, A. GIARDINA, *Commento*, cit., spec. 110.

³³ Così P.G. GRASSO, voce *Guerra*, in *Enc. giur.*, XV, Roma 1989, spec. 68. Ma *contra* cfr. G. FERRARI, voce *Guerra*, cit., spec. 108.

³⁴ P. CARETTI, *I diritti*, cit., 110.

³⁵ M. LUCIANI, *Il sistema*, cit., spec. 6.

³⁶ Letteralmente G. MARAZZITA, *L'emergenza*, cit., spec. 149.

Si può individuare, così, una nuova linea di demarcazione tra decreto legge ordinario ed emergenziale. Il primo obbedisce ad una legalità sostanziale massima, secondo la tesi di Federico Sorrentino: non potrebbe, in alcun modo, comprimere, derogare o porsi in rotta di collisione con le previsioni costituzionali³⁸.

Diversamente, il decreto legge anomalo, rispondendo ad un'ottica differente, obbedisce all'emergenza del momento, ed avrebbe cogenza superiore. Francesco Saverio Marini, nelle sue recentissime osservazioni sull'emergenza sanitaria, ha ritenuto che questa peculiare fonte possa derogare alla Costituzione³⁹. Non solo, giacché sarebbe idonea a prevedere disposizioni con essa confliggenti, finanche derogare ai principi supremi dell'ordinamento: il decreto legge anomalo sfuggirebbe al rispetto della teoria dei controlimiti, potendo introdurre, per usare l'espressione dell'Autore, anche una «*reformatio in pejus*» dei diritti fondamentali⁴⁰.

Se una simile ricostruzione – osserva Francesco Saverio Marini – conduce a ritenere che questa fonte gode «di una forza addirittura superiore alle stesse leggi costituzionali», una soluzione inversa potrebbe spianare la strada a fonti del tutto *extra ordinem*⁴¹.

In altri termini, l'Autore sembrerebbe dire: se in emergenza bisogna ammettere una simile evenienza, e cioè che il Governo possa derogare ai diritti fondamentali, meglio che ciò avvenga con una fonte, nella sua forma, ascrivibile al diritto positivo, sebbene atipica negli effetti.

Adesso, da una lettura combinata del pensiero di Giuseppe Marazzita e di Francesco Saverio Marini si dovrebbe ritenere che, nella scala gerarchica, il decreto legge anomalo occupa una posizione davvero peculiare, sfuggendo ad un inquadramento istituzionale.

In altri termini, il decreto legge sembra il mezzo attraverso cui porre in essere, nell'esercizio di quei poteri necessari, «nuove norme non previste dall'ordinamento ed in contrasto con quelle collocate sul gradino più alto della scala gerarchica come quelle costituzionali»⁴².

Sembra così tratteggiarsi una fonte settoriale (a competenza, dunque, circoscritta alla materia «emergenza»), ma gerarchicamente superiore alla fonte ordinaria: se quest'ultima regolasse lo

³⁷ Sulla norma fondamentale si rimanda ad A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli 1984; ID., *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli 1987; A. CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Napoli 1983; M. G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano 1981; S.L. PAULSON, *Towards a Periodization of the Pure Theory of Law*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino 1990; F. RICCOBONO, *Interpretazioni kelseniane*, Milano 1989; R. TUR, W. TWINING (a cura di), *Essays on Kelsen*, Oxford 1986; M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino 1990, spec. 182-190.

³⁸ F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., 129 ss.

³⁹ Cfr. la tesi sostenuta da F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in Federalismi.it, 2020, spec. 7-8. Secondo l'Autore, il decreto legge (addirittura già quello ordinario) sarebbe espressione di un potere *extra ordinem*. «Se si muove da queste premesse teoriche» – scrive – «non può che convenirsi ancora una volta con Esposito che il decreto legge non può essere limitato dalle norme costituzionali, ma può all'opposto introdurre norme in deroga o rottura della Costituzione. Non è un caso che le norme introdotte dai decreti legge, limitative dei diritti costituzionali e derogatorie rispetto alle previsioni contenute negli articoli 13 e seguenti della Costituzione, siano state osservate».

⁴⁰ F. S. MARINI, *Le deroghe*, cit., spec. 12-13. L'Autore rileva che «altra questione è se rispetto alle deroghe operino i c.d. controlimiti: cioè se anche il decreto legge subisca i limiti che incontrano tutte le fonti dell'ordinamento, incluse le norme costituzionali e quelle sovranazionali. Ci si riferisce ai limiti alla revisione costituzionale, e, dunque, alla forma repubblicana, alla *reformatio in pejus* dei diritti inviolabili, all'indivisibilità della Repubblica e, per usare la formula usata dalla giurisprudenza costituzionale, ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Si potrebbe, infatti, ritenere che altrimenti il decreto legge finirebbe per godere di una forza addirittura superiore alle stesse leggi costituzionali. Coerentemente con il rilievo, dovrebbero considerarsi incostituzionali, ad esempio, tutte le norme dei decreti legge che hanno previsto limitazioni alla libertà personale in deroga alla riserva di giurisdizione e hanno così introdotto una *reformatio in pejus* di un diritto inviolabile. La verità è che i limiti operano e non possono che operare rispetto alle revisioni e alle riforme stabili, perché le deroghe, nella misura in cui siano tali e siano giustificate, non contraddicono alla regola, ma paradossalmente ne confermano l'esistenza. Affermare l'opposto significherebbe irrigidire eccessivamente il sistema ed esporre l'ordinamento all'affermazione di fonti *extra ordinem* che prevarrebbero anche sulle norme immodificabili, finendo per porre in discussione la stessa sussistenza della nostra Costituzione materiale».

⁴¹ Cfr., *infra*, nt. 40.

⁴² Così P. CARETTI, *I diritti*, cit., spec. 109.

stesso quadro emergenziale disciplinato, in diversi termini, dal decreto legge anomalo, quest'ultimo andrebbe considerato gerarchicamente prevalente, perché espressione di quei poteri necessari contemplati dall'art. 78 della Costituzione.

Questa peculiare forza attiva, con cui si esplicano i poteri speciali, non è stata neppure trascurata da Federico Sorrentino. Come detto, l'Autore ha una visione garantistica del decreto legge ordinario, escludendo che esso possa derogare alla Costituzione, ma – discorrendo sull'emergenza – ritiene che lo speciale decreto utilizzato in simili situazioni sia addirittura convertibile in legge costituzionale, attivando la procedura prevista dall'art. 138 della Costituzione⁴³.

4. *Una premessa necessaria. Circoscrivere il criterio gerarchico nel tempo dell'emergenza e il ruolo del criterio di specialità.*

Effetti così dirompenti, come si intuisce, non possono avere valenza *sine die* ma vanno ammessi all'interno del periodo emergenziale giuridicamente circoscritto. Quest'ultimo, infatti, non è il risultato di una mera contingenza ma di una scelta tecnica, deliberata ai sensi dell'art. 24 del cosiddetto Codice della Protezione Civile, fonte primaria la cui legittimità costituzionale è stata già vagliata dal Giudice delle Leggi⁴⁴ e – ai sensi del medesimo – l'emergenza andrà dichiarata conclusa. In questo modo si individua un arco temporale ben preciso entro cui si inserisce la fonte in oggetto. Anche Giuseppe Marazzita individuava un periodo temporale ed oggettivo entro cui i diritti fondamentali possono essere limitati⁴⁵.

Insomma, in questo circoscritto arco temporale saremmo più che mai, per ricorrere ad un'espressione di Marco Tullio Cicerone, *legum servi*, affinché domani, finita l'emergenza, *liberi esse possimus*.

Vanno, adesso, tratte le fila ed espresso un giudizio da quanto ricavato. Mi pare che il pensiero dei due Autori sia condivisibile. L'applicazione del criterio gerarchico solo *prima facie* potrebbe apparire pericoloso e schiudere le porte ad una crisi costituzionale. Esso, al contrario, garantirebbe la concreta azione dei poteri necessari del Governo. Nell'esperienza attuale, l'emergenza sanitaria ha costretto il Governo, certamente di malanimo, sebbene siano emerse tesi del tutto singolari⁴⁶, a comprimere talune libertà fondamentali. Ciò è stato giuridicamente possibile ricorrendo ad una serie di decreti legge autorizzativi, che hanno, a loro volta, delegato la disciplina di dettaglio ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri: si sono esercitati dunque, per il tramite di un decreto legge, solo apparentemente simile a quello contemplato dalla Costituzione, i poteri necessari volti alla tutela della *salus omnium*, peraltro ricorrendo agli strumenti tipici, che sono apparsi, secondo Beniamino Caravita, rapidi e snelli⁴⁷.

S'immagini, ora, una legge ordinaria che, sempre in un contesto emergenziale circoscritto nel tempo, introduca disposizioni di segno contrario, espandendo nuovamente, ad esempio, la libertà di circolazione.

Questa disposizione sarebbe solo formalmente conforme a Costituzione, ma contraria alla tutela del diritto alla salute, che, invece, assume il ruolo di principio ispiratore dell'intero quadro normativo emergenziale: applicando la teoria ricostruita, il decreto legge andrebbe considerato prevalente rispetto ad una simile legge.

Ripensando al rapporto tra le fonti nello speciale contesto emergenziale, un ruolo importante è svolto dal criterio di specialità.

⁴³ Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., spec. 80 ss.; espressamente *contra* P. CARETTI, *I diritti*, cit., 112.

⁴⁴ Sembra infatti ancora attuale l'approdo di [Corte cost., 9 novembre 1992, n. 418](#), con nota redazione di F. POLITI, in *Giur. cost.*, 1992, 3952.

⁴⁵ G. MARAZZITA, *L'emergenza*, cit., spec. 316-317.

⁴⁶ Cfr. la tesi di G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*, in [Quodlibet](#), 26 febbraio 2020..

⁴⁷ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [Federalismi.it.](#), 2020, spec. IV.

Pietro Pinna ha ritenuto che il nucleo dell'emergenza sia rappresentato dalla titolarità dei poteri necessari in capo al Governo: quest'ultimo, dunque, sarebbe l'organo naturalmente competente a gestire la situazione, i cui atti avrebbero carattere speciale, dunque derogatorio, rispetto alle diverse fonti del diritto⁴⁸.

Pur accogliendo la tesi proposta da Roberto Bin, secondo cui il criterio di competenza non sarebbe un metodo prescrittivo di risoluzione delle antinomie prescrittivo⁴⁹, si potrebbe dire – ai soli fini descrittivi – che la regolamentazione dell'emergenza, in un periodo di tempo oggettivamente circoscritto, sarebbe di «competenza» del Governo e non del Parlamento.

La stessa Corte costituzionale ebbe, nel passato, a giudicare sulla conformità a costituzione di un decreto legge emergenziale davvero caratteristico, in quanto, in deroga alle disposizioni costituzionali, aveva aumentato i termini della custodia cautelare in carcere. L'emergenza, nel caso, trovava ragion d'essere in quel periodo che Indro Montanelli e Mario Cervi definirono «anni di fango»⁵⁰. La Corte sembra quasi dire che il Governo sia l'organo più competente a gestire l'emergenza, che anzi non potrebbe sottrarsi ad intervenire, «in coerenza con le altre misure urgenti ed eccezionali adottate»⁵¹.

5. Un ripensamento del problema. Il rapporto con la legge di conversione, il criterio di specialità come controlimite e il ruolo della Corte costituzionale.

Ciò induce anche ad un ripensamento del rapporto tra decreto legge emergenziale e sua legge di conversione, anche raffrontandolo al decreto legge ordinario.

In questo caso, per ricordare Carlo Esposito, la legge di conversione rappresenterebbe la volontà del legislatore la quale si imporrebbe, sostituendola, sulla volontà del Governo⁵².

Ciò è espressione del binomio esistente, per ricordare Alessandro Pizzorusso, tra la stessa legge di conversione e l'atto ad essa presupposto⁵³.

Ciò, però, non sembrerebbe applicabile all'ipotesi del decreto legge emergenziale, esplicitivo di un potere formalmente e sostanzialmente governativo, in cui la legge di conversione, per lo più, cristallizza uno stato.

Tuttavia, è emersa anche una differente tesi, che si discosta, almeno apparentemente, da quella sostenuta da Francesco Saverio Marini. Essa è stata sostenuta da Gustavo Zagrebelsky ed Alessandro Pace. Il presupposto è però comune: la forma decreto legge serve ad evitare il ricorso a fonti straordinarie, essendo peraltro possibile che, in situazione emergenziale, esso deroghi anche ai diritti fondamentali. Tuttavia, secondo i due Autori, il ricorso al decreto legge avrebbe essenzialmente il vantaggio di permettere un vaglio del Parlamento, da esercitarsi in sede di conversione⁵⁴.

La delicatezza del problema impone qualche riflessione.

⁴⁸ Cfr. P. PINNA, voce *Guerra*, cit., spec. 58.

⁴⁹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto*, cit., spec. 351-353

⁵⁰ Il riferimento è ad I. MONTANELLI, M. CERVI, *L'Italia degli anni di fango (1978-1993)*, Milano 1993.

⁵¹ Cfr. [Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 15](#), con nota di P. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1983, 592.

⁵² L'osservazione dell'Autore è rinvenibile nella sua celebre voce enciclopedica sul decreto legge, adesso consultabile in C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente ed altri saggi*, Milano 1992, spec. 229-233. Carlo Esposito osserva che «la conversione non è operata dalla stessa volontà che ha posto in essere il primo atto (e che avrebbe perciò una duplice condizionata ed alternativa direzione). Non la volontà di chi pose in essere l'atto soggetto a conversione, ma la legge (secondo questa esatta ricostruzione della conversione) sostituisce un atto con altro per soddisfare le esigenze degne di essere salvate, che volevano soddisfarsi con il primo. Ora, proprio questo avviene nella conversione prevista dall'art. 77. Essa, pure espressamente preveduta ed anzi voluta nel momento della adozione del provvedimento, non è generata da tale volontà, ma (a parte la Costituzione che ne prevede la possibilità) è posta in essere dalla legge che opera la conversione e prenda il posto dell'atto di Governo».

⁵³ A. PIZZORUSSO, *Le fonti*, cit., in A. PIZZORUSSO, G. FERRERI, *Le fonti*, cit., spec. 126.

⁵⁴ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1987, spec. 174 ss.; A. PACE, *Problematica*, cit.

Quanto emerso dal cammino dottrinale, che si è cercato di costruire, va coordinato con l'osservazione cui giungono Gustavo Zagrebelsky ed Alessandro Pace circa il ruolo del controllo parlamentare.

La tesi sembra scontrarsi, almeno nelle sue conseguenze sostanziali, con l'idea di un decreto legge anomalo come fonte speciale e privilegiata, rispetto alle altre, nella parentesi emergenziale.

Credo che il dissidio possa risolversi modulando l'intensità con cui il Parlamento vada ad esercitare il vaglio. Si potrebbe sostenere che attraverso la legge di conversione, esso sia chiamato a svolgere un controllo «per linee esterne», potendo sempre introdurre emendamenti modificativi, ma senza alterare drasticamente la *ratio* della linea, seguita dal Governo, per gestire la situazione.

In tal caso, pena un ribaltamento del diritto tutelato in emergenza, come nell'esempio dianzi fatto, il decreto legge dovrebbe tornare a prevalere.

Di converso, attraverso una commistione tra criterio gerarchico e quello di specialità, potrebbe sostenersi che il decreto legge emergenziale sia gerarchicamente superiore alle altre fonti, ma con un duplice limite: a) una circoscrizione temporale all'interno del periodo dell'emergenza; b) una circoscrizione per materia: in tanto prevarrebbe, in quanto esso realmente disciplina una materia fondamentale per gestire l'emergenza stessa. Fuori da questo contesto, infatti, verrebbe meno il criterio di specialità (e se si vuole, a fine descrittivi, quello di competenza). In altri termini, i due criteri, lungi dal dare a questa fonte eccezionale campo libero, la limiterebbero, doppiamente circoscrivendo l'ambito applicativo della fattispecie.

Anzi, il criterio di specialità rappresenterebbe il controlimito del criterio gerarchico, attraverso cui valutare la legalità dell'azione governativa: in tanto la fonte speciale prevarrebbe, in quanto con essa si esercita un potere pertinente alla situazione emergenziale.

Ma a chi spetterebbe un simile controllo, se il Parlamento si riducesse ad organo, per così dire, di «osservazione»?

Per chi temesse derive autoritarie da parte del Governo di turno (ad esempio una strumentalizzazione dello stato di emergenza) un simile rischio andrebbe scongiurato proprio dalla presenza della Corte costituzionale, anello di chiusura della legalità sostanziale.

Secondo Massimo Luciani, infatti, la Corte costituzionale potrebbe sempre svolgere un sindacato sul decreto legge emergenziale⁵⁵, come già peraltro chiarito, in passato, dalla stessa giurisprudenza⁵⁶.

Né sarebbe da escludersi la possibilità, nel caso in cui il decreto legge emergenziale fosse manifestamente iniquo, che lo stesso divenga oggetto di un conflitto tra poteri dello Stato. La Corte, infatti, ha ammesso una simile evenienza, laddove il conflitto rappresentasse l'unico modo attraverso cui «impugnare» la legge a Palazzo della Consulta⁵⁷.

In una situazione simile, il Giudice dei conflitti dovrebbe ammettere il giudizio, rispondendo, per ripristinare la legalità sostanziale, a quella che Paolo Veronesi ha felicemente definito l'urgenza del reagire⁵⁸.

Complessivamente, credo che in questo clima in cui il Parlamento lamenta a gran voce la violazione delle sue competenze, i due poli fondamentali attorno ai quali gravita l'emergenza costituzionale sono rappresentati, da un lato, dal Governo e dai suoi atti che sfuggono ad un inquadramento esatto nel sistema, graficamente rappresentabili come ascensori che salgono e

⁵⁵ M. LUCIANI, *Il sistema*, cit., spec. 7 ss.; secondo cui la Corte potrebbe sindacare anche la stessa dichiarazione dello stato di emergenza.

⁵⁶ Cfr. l'approdo in materia emergenziale cui giunge [Corte cost., 5 marzo 2010, n. 83](#), con nota di G. FIANDACA, *Emergenza rifiuti e reati emergenziali: superato il vaglio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2010, 1013.

⁵⁷ L'apertura storica risale a [Corte cost., 10 maggio 1995, n. 161](#), con nota di P. VERONESI, *Atti legislativi e conflitti di attribuzione*, in *Giur. cost.*, 1995, 1358. Sui problemi sollevati dai requisiti della residualità ed incidentalità, in prospettiva sostanzialmente critica, P. VERONESI, *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri. Profili soggettivi e oggettivi*, in E. BINDI, M. PERINI (a cura di), *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, Milano 2003, spec. 25.

⁵⁸ P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano 1999, 155 ss.

scendono la piramide delle fonti in forza dell'intensità dell'emergenza stessa, e, dall'altro, dalla Corte costituzionale.

Essa, anzi, rappresenterebbe l'organo di contrappeso, ultimo, ma sostanziale, baluardo del sistema, non solo, come scrisse Paolo Veronesi, «giudice tra i giudici»⁵⁹, ma anche, mi sento allora di dire, «giudice tra i legislatori».

⁵⁹ P. VERONESI, *I poteri*, cit., spec. 269.

Gianmaria Alessandro Ruscitti
Libertà religiosa e governo del territorio:
le linee guida della Consulta nella [sentenza 254/2019](#)*

ABSTRACT: *The article analyzes [sentence no. 254/2019](#) of the Constitutional Court, underlining how in solving an urban planning problem, the Court takes the opportunity to reaffirm some fundamental points in the matter of constitutionally guaranteed freedom of religion.*

SOMMARIO: 1. Il fatto – 2. Il precedente – 3. La questione sollevata dal TAR Lombardia – 4. La motivazione della Corte costituzionale – 5. La pianificazione urbanistica nel ragionamento della Consulta – 6. Il rispetto dell'art. 97 Cost. – 7. La riaffermazione della laicità positiva da parte della Corte costituzionale.

1. Il fatto.

La complessa situazione della regolamentazione urbana del fenomeno religioso trova un importante arresto nella recente pronuncia della Corte costituzionale, che nuovamente¹ è stata chiamata a giudicare sulle disposizioni della legge regione Lombardia 11 marzo 2005 n. 12 (Legge per il governo del territorio), in relazione, in particolare, al diritto di professare liberamente la propria fede religiosa di cui all'art. 19 Cost.

Tale questione traeva origine da un giudizio incardinato dinnanzi al Tribunale Regionale per la Lombardia e avviato dall'Associazione Culturale "Madni", i cui rappresentanti richiedevano all'Amministrazione locale il permesso edilizio per la conversione urbanistica di un immobile al fine di poterlo adibire a luogo di culto.

Nel corso del relativo procedimento amministrativo, invero, il Comune provvedeva ad annullare d'ufficio il permesso edilizio precedentemente concesso all'Associazione Culturale sulla base della necessità di implementare preventivamente, in ossequio alle previsioni della legge lombarda 12/2005, il Piano delle Attrezzature Religiose, di cui il Comune stesso non era ancora dotato e ritenuto imprescindibile per consentire l'autorizzazione all'apertura di un nuovo luogo di culto.

Il TAR, con sentenza non definitiva del 3 agosto 2018, ritenendo non manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 72² commi 2 e 5 della legge regionale 12/2005, sollevava questione di legittimità costituzionale dinnanzi alla Consulta.

* *Contributo scientifico sottoposti a referaggio.*

¹ Si richiama la [sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016](#).

² Si riporta di seguito la formulazione dell'art. 72 della legge regionale n. 12/2005, inserendo fra parentesi quadre le parti del testo dichiarate incostituzionali sia nella [pronuncia Corte cost. n. 63/2016](#) (comma 7, lett. e) e primo periodo del comma 4), sia dalla [pronuncia n. 254/2019](#) (comma 2 integralmente e comma 5 limitatamente al secondo periodo):

"1. *Le aree che accolgono attrezzature religiose o che sono destinate alle attrezzature stesse sono specificamente individuate nel piano delle attrezzature religiose, atto separato facente parte del piano dei servizi, dove vengono dimensionate e disciplinate sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all'articolo 70.*

2. *[L'installazione di nuove attrezzature religiose presuppone il piano di cui al comma 1; senza il suddetto piano non può essere installata nessuna nuova attrezzatura religiosa da confessioni di cui all'articolo 70.]*

3. *Il piano di cui al comma 1 è sottoposto alla medesima procedura di approvazione dei piani componenti il PGT di cui all'articolo 13.*

4. *[Nel corso del procedimento per la predisposizione del piano di cui al comma 1 vengono acquisiti i pareri di organizzazioni, comitati di cittadini, esponenti e rappresentanti delle forze dell'ordine oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica, fatta salva l'autonomia degli organi statali.] Resta ferma la facoltà per i comuni di indire referendum nel rispetto delle previsioni statutarie e dell'ordinamento statale.*

5. *I comuni che intendono prevedere nuove attrezzature religiose sono tenuti ad adottare e approvare il piano delle attrezzature religiose entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge regionale recante "Modifiche alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio) – Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi". [Decorso detto termine il piano è approvato unitamente al nuovo PGT].*

6. (Omissis)

7. *Il piano delle attrezzature religiose deve prevedere tra l'altro:*

In particolare, in tale sentenza, il TAR dubitava della legittimità dell'impugnata previsione qualificandola come un tentativo di regolamentazione pubblica "totale e completa" della realizzazione di attrezzature religiose e, quindi, dell'apertura di nuovi luoghi di culto.

2. *Il precedente.*

Il Tribunale Amministrativo della Lombardia traeva le fila del suo iniziale ragionamento partendo da quanto già stabilito dalla Corte costituzionale, in merito alla stessa Legge, nella [sentenza n. 63/2016](#).

Questa precedente pronuncia, invero, assume una non indifferente rilevanza, specie se raffrontata con l'arresto in esame, soprattutto alla luce delle differenti impostazioni che la Corte ha seguito per la risoluzione delle due questioni che, benché afferenti ad articoli diversi, hanno preso in esame la medesima materia.

Di conseguenza, vi sono alcuni punti preminenti della [sentenza 63/2016](#), che devono essere considerati per meglio comprendere le criticità della [sentenza n. 254/2019](#).

La Corte costituzionale, nella [pronuncia n. 63 del 2016](#)³, giudicando sull'illegittimità dell'art. 72, commi 4 e 7, lett. e)⁴, della citata legge, ha attentamente valutato il bilanciamento fra la libertà di culto e la necessità di garantire la sicurezza della collettività, specie ove gli appartenenti ad una confessione "si organizzino in modo incompatibile con l'ordinamento giuridico italiano". La Corte, nel ritenere dunque legittimo il perseguimento di interessi relativi all'ordine pubblico, consentendone la valutazione fin dalla fase programmatica – e quindi, di pianificazione –, ha effettuato un radicale distinguo sulla base della previsione dell'art. 117, comma 2, lett. h), fra le competenze spettanti allo Stato e alle Regioni in materia di sicurezza e pianificazione urbanistica.

In merito, perciò, all'obbligo di installazione di mezzi di videosorveglianza all'interno degli edifici di culto, la Corte ne ha ritenuto l'illegittimità non sulla base di una compressione della libertà religiosa, ma sulla violazione della ripartizione delle competenze con conseguente superamento dei limiti delle proprie attribuzioni da parte della Regione Lombardia.

Accertata, come sopra affermato, la sola competenza regionale alla regolazione dell'edilizia di culto, la Corte nel 2016 già evocava l'illegittimità di norme che impedissero un uguale accesso al riparto degli spazi da dedicare alla preghiera, considerata la specificità del territorio e delle esigenze

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

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

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

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

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

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

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

8. (Omissis)."

³ Si vedano al riguardo 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; G. MONACO, *Confessioni religiose, uguaglianza e governo del territorio (breve osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016)*, [ivi](#), 2016 (7): 1-8; I. ALESSO, *Esercizio del Culto: quando la legge sul governo del territorio è incostituzionale*, in [LeggiOggi.it](#), 18 maggio 2016; L. MUZI, *Democrazia diretta e pianificazione urbanistica*, in [Labsus](#), 25 agosto 2016.

⁴ V. la nota 2.

spirituali della popolazione, e ribadendo l'atteggiamento propositivo indicato nella Carta costituzionale verso il fenomeno religioso.

Pare opportuno ricordare come, fin da tempo risalente, la Consulta ha sempre considerato il principio di laicità separato dall'idea di indifferenza di fronte alla componente spirituale della popolazione, così da qualificare lo Stato come tutore del pluralismo confessionale (e culturale) e garante della salvaguardia della libertà di religione.

Sicché la costruzione di un sistema normativo differenziato volto a limitare irragionevolmente una singola confessione, o a costruire ostacoli specifici che mirino a comprimere l'accesso al culto, non può trovare legittimazione alcuna nella nostra Costituzione⁵.

Già il richiamato precedente dava alcune rilevanti indicazioni in merito alle limitazioni di natura urbanistica e pianificatoria, su cui la [sentenza 254/2019](#) sviluppa il proprio ragionamento.

Invero, benché le questioni siano state liquidate come inammissibili nel precedente giudizio, la Corte, già nel 2016, esaminando in modo molto sintetico l'eventuale possibilità che le norme di pianificazione urbanistica venissero utilizzate al fine di ostacolare o penalizzare l'insediamento di talune attrezzature religiose, aveva chiaramente affermato la necessità di esperire gli strumenti giudiziari tipici, capaci di superare eventuali abusi del potere amministrativo.

Del resto, già da tempo risalente⁶ la Consulta aveva affermato la competenza degli enti locali e delle regioni di regolamentare a livello urbanistico i luoghi di culto, trovandosi la specifica giustificazione di tale potere nell'esigenza di assicurare uno sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitati, essendo ascrivibile nel novero generale dei servizi di interesse pubblico anche i servizi religiosi e le relative attrezzature⁷.

3. La questione sollevata dal TAR Lombardia.

Nella sentenza di rimessione del 2018⁸, il TAR Lombardia considerava, invece, la disciplina prevista dall'art. 72, commi 1 e 2, come potenzialmente lesiva dei principi costituzionali in materia di rispetto del sentimento religioso. Nell'interpretazione del Tribunale Amministrativo, tale norma non prevedrebbe alcuna differenziazione fra le varie tipologie di attrezzatura religiosa, prescindendo in modo assoluto dalle loro caratteristiche ed imponendo una regolamentazione globale, anche in relazione a strutture di minimo o nessun impatto urbanistico sul territorio.

Già alla luce di quanto precedentemente espresso nella sentenza del 2016, il dubbio mosso dal TAR non sembra trovare agevolmente un reale riscontro a livello costituzionale, ben potendo apparire come le *esigenze locali*, in relazione per l'appunto alla realizzazione di nuove strutture di interesse pubblico, possano e debbano essere valutate a livello comunale, da cui la ragionevolezza della previsione di adozione di un piano di governo del territorio.

Secondo il rimettente, tuttavia, l'impossibilità di aprire un nuovo luogo di culto in assenza di uno specifico piano per le attrezzature religiose (PAR), comporterebbe una compressione intollerabile del diritto di cui all'art. 19 Cost., cosicché il potere di programmazione spettante al Comune verrebbe a tradursi come una sorta di autorizzazione governativa all'apertura di luoghi di culto, la cui legittimità è certamente esclusa nel nostro ordinamento.

Di converso, la Regione Lombardia, riportandosi nella sua difesa alla citata [sentenza della Corte del 2016](#), escludeva ogni compressione della libertà di culto nella legge impugnata, e affermava l'insussistenza di alcuna discrezionalità volitiva concessa agli enti locali dalla regione sull'apertura o meno di nuove attrezzature religiose, sottolineando la strutturazione quale percorso condiviso fra la comunità globalmente rappresentata dall'Amministrazione nella redazione del PAR e la

⁵ S. SCETTINO, *Libertà religiosa ed edilizia di culto tra interessi costituzionali e (possibili) limiti immanenti al suo esercizio*, in [Dirittifondamentali.it](#), 30 maggio 2018.

⁶ Cfr. Corte costituzionale [sentt. n. 195/1993](#) e [n. 346/2002](#).

⁷ N. PIGNATELLI, *Edifici di culto tra libertà religiosa e controllo del territorio*, in [laCostituzione.info](#), 13 giugno 2017.

⁸ Sentenza non definitiva TAR Lombardia del 3 agosto 2018, iscritta al reg. ord. n. 159 del 2018.

rappresentanza della singola confessione interessata ad installare l'attrezzatura nel territorio. Eventuali abusi commessi da parte degli organi preposti durante il procedimento di valutazione dell'istanza per l'apertura di un nuovo luogo di culto, invero, lungi dal compromettere la legittimità costituzionale della previsione impugnata, consentirebbero alla parte ritenutasi lesa di ricorrere alla giustizia amministrativa per il superamento della volontà o dell'omissione lamentata come illegittima.

A tale prima prospettazione, la Corte riunisce un'ulteriore questione di legittimità, sollevata sempre dal TAR Lombardia con sentenza dell'8 ottobre 2018, in relazione all'art. 72 comma 5 della legge n. 12 del 2005. In tale giudizio, in modo non dissimile al precedente, l'Associazione "Comunità Islamica Ticinese" lamentava il rifiuto da parte del Comune di Sesto Calende di individuare un luogo di culto per i fedeli musulmani nel nascente piano di governo del territorio (PGT), rilevando, altresì, l'illegittimità della motivazione laddove una delle ragioni del rifiuto traeva origine dall'asserita mancanza, secondo l'Amministrazione resistente, dei requisiti minimi in capo all'associazione per essere qualificata quale ente di confessione religiosa a norma della legge 24 giugno 1929 n. 54.

Il TAR riteneva, nella sua sentenza, di dubitare della legittimità della norma impugnata nella parte in cui non limitava la discrezionalità del Comune nel decidere il "quando" ed il "modo" di rispondere alle richieste di individuazione di aree da destinare al culto, lasciando così un vuoto capace di generare una compressione indebita nella libertà religiosa⁹. Secondo il TAR, invero, allo scadere del termine stabilito per l'adozione del PAR, la necessità prevista dalla legge di aggiornare integralmente il PGT renderebbe la posizione dell'Associazione ricorrente "senza tutela".

Parrebbe dunque, benché non esplicitato, che il TAR intenda sottolineare come la connessione fra i due piani, seppur in una logica tra generale e speciale, potrebbe consentire all'amministrazione di mantenere un'inerzia (omissiva) non superabile dalla giurisdizione amministrativa, laddove la non esecuzione di un atto imporrebbe comunque l'adozione di un altro atto generale, diverso e discrezionale.

La questione, dunque, pare porsi ben più sotto l'ottica del corretto funzionamento della macchina amministrativa e del principio di imparzialità *ex art. 97 Cost.* che sotto il rispetto della libertà religiosa.

L'assenza di alcuna previsione sanzionatoria in capo all'Amministrazione inadempiente e la carenza di un termine tassativo per l'adozione di un provvedimento motivato, convergono, secondo il Tribunale rimettente, a rendere irragionevole la previsione impugnata.

La difesa della Regione Lombardia, traendo le fila da quanto già espresso in relazione alla sentenza non definitiva n. 159/2018 sopra richiamata, va a riaffermare la possibilità per l'Associazione islamica di sottoporre la richiesta di assegnazione di uno spazio per un luogo di culto anche nella fase di elaborazione e modifica del piano di governo del territorio; in conseguenza, l'esame di tale istanza non potrebbe in nessun modo essere omessa dall'Amministrazione competente potendosi, in ogni caso, impugnare il relativo provvedimento di diniego, o l'eventuale colpevole inerzia, dinnanzi alla giustizia amministrativa.

Sinteticamente, l'adozione di piani specifici, lungi dal limitare l'autonomia comunale e la libertà di culto, provvederebbe alla tutela degli interessi e delle esigenze diffuse nella comunità, in un corretto bilanciamento di tutte le componenti concorrenti alla gestione del territorio.

Nella sua memoria, l'Associazione Islamica Ticinese sottolineava l'abuso di tale strumento da parte degli organi amministrativi locali anche a fini elettorali, e censurava, in linea con l'ordinanza del TAR, la mancanza di ragionevolezza derivante dall'eccessiva discrezionalità dell'adozione dei piani, specie se considerati sotto un profilo squisitamente temporale.

A tal fine, il potere di programmazione territoriale, così come declinato dall'art. 72, comma 5, della l. reg. 12/2005, verrebbe a tradursi come una prevaricazione rispetto ai principi costituzionali sulla libertà di esercizio del culto, ostacolando di fatto l'insediamento delle attrezzature religiose.

⁹ F. DONEGANI, *Luoghi di culto in Lombardia: il nuovo intervento della Corte costituzionale*, in *Articoli ed Approfondimenti di diritto amministrativo*, 28 dicembre 2019.

4. *La motivazione della Corte costituzionale.*

Sulla base di tali premesse, e riuniti i due giudizi, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 72, commi 2 e 5, secondo periodo, della l. reg. Lombardia 12/2005, ha svolto il seguente ragionamento.

In primo luogo, nel definire il *petitum*, la Consulta ha inteso esaminare la questione, sollevata in merito al secondo comma dell'art. 72, riferendosi alla generalità dei luoghi di culto, e non in esclusiva relazione alle attrezzature religiose prive di un concreto impatto urbanistico, e questo sul ragionamento che la censurata disposizione deve essere confrontata con il globale principio della libertà di culto.

Le norme costituzionali di riferimento vengono individuate, in sintesi, negli artt. 2, 3, comma 1, e 19 Cost.

Al fine di individuarne correttamente la portata, la Corte, richiamandosi anche a giurisprudenza precedente (cfr. sentt. [n. 334/1996](#), [n. 195/1993](#) e [n. 203/1989](#))¹⁰, ha con forza riaffermato il carattere di primarietà della tutela del fenomeno religioso, che deve essere assicurato in modo eguale a tutte le differenti confessioni che operano nel territorio dello Stato, a prescindere dall'esistenza di accordi o intese e per il fine universale di garantire il pluralismo e la libertà di tutti.

A livello più squisitamente pratico, tale libertà si manifesta nel diritto di disporre di spazi, conformi alle necessità concrete delle singole confessioni, per la professione della propria fede.

In conseguenza del principio riconosciuto di laicità positiva in capo allo Stato e alle singole amministrazioni che regolano e gestiscono il territorio, appare sicuramente irragionevole l'apposizione di ostacoli ingiustificati all'esercizio del culto, sia in relazione a luoghi privati, sia attraverso la negazione di spazi pubblici o, come nei casi in esame, la negazione alla ripartizione degli spazi all'interno dei piani programmatici¹¹.

La regolamentazione e le scelte che siano volte a distribuire, in un ambito di risorse limitate, gli spazi urbanistici per il culto, sono sottoposte, secondo la Consulta, alla necessaria valutazione di tutti i pertinenti interessi pubblici, che non possono prescindere dalla concreta presenza della confessione sul territorio e alla specifica incidenza sociale nella comunità di riferimento.

Appare pacifico, del resto, e non sembra opportuno dilungarsi al riguardo, che i luoghi di culto, sia per specifica previsione legislativa statale e regionale (ove presente), sia per uniforme interpretazione giurisprudenziale, siano pacificamente ascrivibili al novero generale delle attrezzature di interesse pubblico.

Dunque, la Corte costituzionale pone due affermazioni, alla luce delle quali valutare la disciplina impugnata: da un lato, riconosce alla regione Lombardia il diritto di regolare i diversi interessi che insistono sul proprio territorio, rientrando l'edilizia di culto nella più generale materia urbanistica, e ponendosi le imposizioni e condizioni relative all'interno del potere di governo del territorio; dall'altro lato, la Corte esclude la legittimità di normative volte a comprimere, per tal solo scopo, il diritto di culto di una singola o della generalità delle confessioni religiose¹².

La Consulta stabilisce, nello specifico, che "la previsione di uno speciale piano dedicato alle attrezzature religiose non è di per sé illegittima alla duplice condizione che essa persegua lo scopo del corretto insediamento nel territorio comunale delle attrezzature religiose aventi impatto urbanistico e che tenga adeguatamente conto della necessità di favorire l'apertura di luoghi di culto destinati alle diverse confessioni".

¹⁰ G.P. PAROLIN, *Edilizia di culto e legislazione regionale nella giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza 195/1993 alla sentenza 346/2002*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2003, 351-353.

¹¹ M. M. PORCELLUZZI, *In difesa della libertà religiosa: la Corte costituzionale e la legge lombarda sull'edilizia di culto*, in *Diritti Comparati*, 19 dicembre 2019

¹² F. OLIOSE, *Libertà di culto, uguaglianza e competenze regionali nuovamente al cospetto della Corte costituzionale: la sentenza n. 67 del 2017*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 29 del 2017.

Ponendo tale principio in relazione alla norma impugnata di cui all'art. 72, comma 2, della legge reg. della Lombardia n. 12 del 2005, la Corte asserisce che “essa subordina l'installazione di qualsiasi attrezzatura religiosa all'esistenza del PAR (...) rilevando che tale soluzione legislativa non consente un equilibrato ed armonico sviluppo del territorio finendo per ostacolare l'apertura di nuovi luoghi di culto”.

La motivazione, al riguardo, viene delineata dalla Consulta sulla base della mancata distinzione delle attrezzature religiose, che, nelle parole della Corte, dovrebbe essere effettuata in base al carattere pubblico o privato delle stesse, alla loro dimensione, alla specifica funzione, alla loro attitudine a ospitare un numero più o meno consistente di fedeli, e dunque in generale dal loro impatto urbanistico, che può essere molto variabile o potenzialmente irrilevante.

La sottoposizione al PAR di un'attrezzatura priva di rilevanza urbanistica, come esemplificativamente una sala di preghiera privata, si pone come un ostacolo “obiettivo” all'insediamento di nuove strutture religiose.

La Corte, infine, sottolinea come la subordinazione delle sole attrezzature religiose ad un obbligo di specifica e preventiva pianificazione dimostri l'apparenza della finalità di tipo urbanistico edilizio e manifesti, invece, una forma di controllo del fenomeno religioso.

In conseguenza, tale norma è stata giudicata illegittima, risolvendosi nella violazione degli artt. 2, 3, comma 1, e 19 Cost.

5. La pianificazione urbanistica nel ragionamento della Consulta.

Il ragionamento fin qui svolto dalla Corte non sembra completamente privo di censure, apparendo criticabili alcuni passaggi sviluppati dalla Consulta a sostegno della tesi dell'illegittimità costituzionale.

Invero, appare individuabile una possibile discrasia fra il presupposto del ragionamento e la conclusione che ne è stata tratta. La Corte da un lato censura la generalizzazione delle attrezzature religiose e la loro indiscriminata sottoposizione ad un piano specifico, ma dall'altro afferma la natura propria del PAR quale strumento per la valutazione in concreto degli interessi del territorio. Non sembra dunque completamente lineare affermare che le attrezzature religiose di minimo o nessun impatto debbano essere escluse dallo strumento pianificatorio laddove è proprio quest'ultimo a consentire di qualificare, in relazione alle specificità territoriali e comunitarie, la rilevanza e l'impatto del singolo luogo di culto, che ben deve essere differenziato sulla base di una molteplicità di fattori non precedentemente individuabili, propri della singolarità di ogni territorio.

La rilevanza urbanistica, invero, non può essere valutata se non in concreto, apparendo ben più irragionevole un'eventuale esclusione di determinati luoghi di culto dall'obbligo di pianificazione specifica e la sottoposizione di altri a tale obbligo, sulla sola base di elementi predeterminati come quelli indicati dalla Corte come, ad esempio, la capienza della sala, l'uso pubblico o privato, o un ancor più aspecifico criterio dimensionale della struttura.

Ciò posto, pare ben più ragionevole che tali elementi siano valutati di volta in volta, per qualsiasi attrezzatura religiosa, nello specifico contesto sociale e urbanistico-territoriale in cui sono inseriti, consentendo una corretta esplicazione del potere di governo del territorio in conformità alle esigenze della popolazione.

La Corte, al riguardo, avrebbe potuto meglio approfondire la delicata questione della natura stessa delle attrezzature religiose, differenziandole eventualmente in relazione all'interesse generale o individuale che vanno di volta in volta a perseguire. Del tutto evidente, invero, che la pianificazione assume un ruolo centrale laddove l'attrezzatura va ad avere una funzione generale connessa al culto che rappresenta, divenendo luogo di aggregazione, a necessaria valenza pubblica, e imprescindibile per il soddisfacimento di quell'elemento sociale del culto (comune, fra l'altro, a tutte le principali religioni). Di converso, quando l'attrezzatura religiosa viene ad avere un carattere più intimo, privo di una funzione generale, ma ponendosi a soddisfazione del solo interesse individuale di spiritualità,

ben può apparire discriminatoria una sua generale sottoposizione a strumenti complessi di pianificazione.

Tuttavia, in mancanza di tale necessaria qualificazione, il generale richiamo effettuato in sentenza dalla Consulta riguardo la necessità di distinzione fra le differenti attrezzature non può che sembrare, per lo meno, incompleto, generando nuove possibili incertezze nel rapporto fra pianificazione urbanistica e libertà di culto.

Parimenti, non appare completamente convincente il differente trattamento che la Corte riporta come base di irragionevolezza fra l'obbligo di specifica pianificazione delle attrezzature religiose e la sola sottoposizione al piano generale degli impianti per tutte le altre opere di interesse pubblico o comunque a servizio degli insediamenti abitativi (quali scuole, ospedali, palestre, centri culturali etc.).

Non sembra, dunque, potersi classificare così facilmente come discriminatoria la scelta del Legislatore regionale di prevedere, all'interno del Piano Generale del Territorio, l'adozione di un piano specifico per talune attrezzature che manifestino una particolare rilevanza nel tessuto sociale e locale, specie considerando l'alto impatto che l'apertura di nuovi luoghi di culto va a generare all'interno della comunità di riferimento, la cui partecipazione al processo amministrativo di organizzazione urbanistica ben potrebbe rappresentare lo strumento corretto di deflazione di eventuali tensioni sociali¹³.

Più condivisibile appare il ragionamento sviluppato dalla Corte in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 72, comma 5 l. reg. della Lombardia n. 12 del 2005. La norma impugnata, nello stabilire la congiunta approvazione del PAR unitamente al PGT (o ad una variante generale dello stesso), nel caso in cui i diciotto mesi di disciplina introduttiva siano infruttuosamente trascorsi dall'entrata in vigore del testo legislativo n. 2 del 2005, si pone come "ingiustificata ed irragionevole" per due differenti ordini di ragioni. In primo luogo, essa viene considerata come un ostacolo alla doverosa e legittima programmazione delle attrezzature religiose da parte dei comuni, ritenendo che l'adozione del piano generale PGT sia qualificabile come interamente discrezionale, sia in relazione alla possibilità di avviare il procedimento, sia in relazione al termine dello stesso; in secondo luogo, nessuna rispondenza ad un reale interesse di governo del territorio può essere individuata nella necessità di rivalutare l'insediamento di luoghi di culto attraverso la revisione dell'intero piano generale, laddove sarebbe possibile una semplice variante parziale. Entrambe le ragioni hanno come diretta conseguenza la lesione del diritto costituzionalmente tutelato di libertà di culto, cui va garantita una speciale considerazione a norma dell'art. 19 Cost.

Viene, dunque, ad essere primariamente rilevante nel caso in esame l'assenza di una ragionevole giustificazione in relazione al perseguimento delle finalità urbanistiche, proprie del PAR, per consentire la compressione della libertà di culto.

Il bilanciamento fra libera manifestazione del fenomeno religioso e il potere di governo del territorio è sempre rimesso al generale criterio della ragionevolezza, che viene a mancare laddove la scelta del legislatore regionale lombardo si concreta in una limitazione non necessaria dell'apertura di nuove attrezzature religiose, senza che rilevi un preciso interesse urbanistico.

L'art. 19 Cost., nell'interpretazione data dalla Corte costituzionale, presuppone non solo un limite negativo, laddove impedisce l'imposizione di vincoli impropri all'esercizio del culto, ma assurge anche a dovere positivo, plasmando il concetto di pianificazione urbanistica e imponendo, all'interno della stessa, la necessaria previsione di adeguati spazi per tutte le diverse confessioni.

Il governo del territorio, dunque, non può essere considerato come un potere isolato, ma deve nella sua esplicazione tenere conto di tutti i valori costituzionalmente protetti che con esso entrano in contatto e, nel caso della libertà di religione, deve porsi in modo da favorire l'esplicazione di tale fenomeno, regolandone gli aspetti urbanistici e di impatto sul tessuto cittadino, ma senza tradursi in un irragionevole ostacolo o strumento di non necessaria compressione.

¹³ 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.

6. Il rispetto dell'art. 97 Cost.

Parimenti discriminatorio, secondo tali premesse, si pone l'obbligo di rivisitazione generale del piano, specie se comparato a quanto previsto per l'insediamento di attrezzature di interesse pubblico non religioso, che la medesima legge consente attraverso l'adozione di una semplice deliberazione del consiglio comunale, procedimento ben più rapido ed agevole rispetto all'attuazione di una variante del piano generale.

Al riguardo, tuttavia, appare criticabile la scelta della Corte di non porre alcuna attenzione alla questione inerente l'art. 97 Cost., ritenendola semplicemente assorbita, nonostante presenti spunti di notevole interesse.

Proprio sotto tale profilo, invero, appare eventualmente censurabile l'eccesso di discrezionalità consentito alle singole amministrazioni comunali: la mancanza di termini specifici per l'adozione del piano, o il rapporto di connessione obbligata fra il PAR e il PGT, sembrano porsi più in relazione all'irragionevolezza del procedimento amministrativo adottato per la regolazione urbanistica piuttosto che riferibili all'ambito generale della libertà di religione.

L'eccesso di discrezionalità eventualmente individuabile in capo all'amministrazione, specie in relazione al mantenimento di un'inerzia non superabile teoricamente neppure attraverso il ricorso alla giustizia amministrativa, in virtù del peculiare collegamento biunivoco fra il PAR quale elemento di specialità ed il PGT quale elemento generale, avrebbe certamente meritato un approfondimento in motivazione. In particolare, il principio di buon andamento, direttamente scaturente dalla previsione di cui all'art. 97 Cost., sembra difficilmente conciliabile con l'assenza di una previsione temporale certa nei termini di azione consentiti alla pubblica amministrazione per rispondere alle istanze di richiesta per l'individuazione di un luogo di culto.

Allo stesso modo, sarebbe stato di non secondario interesse che la Consulta avesse preso posizione su un'eventuale violazione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa, specie in considerazione del diverso trattamento che, nell'ambito generale degli impianti di pubblico interesse, veniva dato alle attrezzature religiose.

Il collegamento fra laicità dello Stato e principio di imparzialità della pubblica amministrazione, benché fortemente radicato in ordinamenti a noi vicini come quello francese, risulta ancora oggi non pienamente considerato nella giurisprudenza costituzionale italiana¹⁴.

L'idea di elevare la laicità positiva a strumento di interpretazione del principio di non discriminazione della P.A. sembra di certo ancora lontano nell'ordinamento italiano, e la [sentenza della Consulta n. 254 del 2019](#) ben pare ribadirlo.

La Corte, come emerge chiaramente in motivazione, ha preferito dunque censurare il regime di trattamento differenziato delle attrezzature religiose rispetto agli altri impianti urbanistici generali, considerandolo come direttamente collidente con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., e dichiarando l'illegittima compressione della libertà di cui all'art. 19 Cost., senza soffermarsi, però, sugli aspetti derivanti dall'art. 97 Cost., che probabilmente avrebbero richiesto un approfondimento particolarmente coraggioso.

7. La riaffermazione della laicità positiva da parte della Corte costituzionale

Per tutto quanto sopra, pare che la Corte abbia concentrato maggiormente la sua attenzione sugli effetti che l'abuso della norma ha provocato, focalizzandosi sulla distorsione attuata da parte di alcuni Comuni, che hanno preferito utilizzare tale disciplina come strumento di contrasto a fenomeni religiosi, anche a fini politici, così come lamentato nei casi sollevati.

¹⁴ A. GUAZZAROTTI, *Laicità e giurisprudenza*, in *Europeanrights*, 2011, 5.

Di conseguenza, non sembrerebbe che la Corte abbia dedicato la giusta attenzione alla natura della norma impugnata, probabilmente meglio valutabile sotto il profilo amministrativo per un censurabile eccesso di discrezionalità, e sempre che l'abuso evidenziato non fosse superabile con gli strumenti di giurisdizione tipici.

Invero, la soluzione adottata nella [sentenza n. 254/2019](#), di far discendere dall'art. 19 Cost. un limite al potere discrezionale della pubblica amministrazione in tema urbanistico, appare coerente con il generale sistema di bilanciamento fra valori, laddove al potere di governo del territorio e alla soddisfazione degli interessi locali alla creazione di un ambiente equilibrato tra le diverse esigenze, si pone come vincolo il necessario rispetto di ogni singola confessione religiosa, il cui sacrificio alle esigenze della pianificazione non può arrivare a comportare la completa esclusione o, addirittura, l'impedimento dell'apertura di un luogo di culto.

L'esigenza di consentire la pari espressione di tutte le confessioni e di tutelare attivamente il fenomeno religioso sono elementi fondamentali della laicità positiva, così come declinata dalla Consulta¹⁵ sotto forma di principio che, in opposizione ad ideali di estraneità od ostilità rispetto alle confessioni, pongono lo Stato al servizio delle concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini.

In conclusione, parrebbe che la Corte costituzionale abbia preferito sfruttare la sollevata questione per ribadire alcuni punti fondamentali in tema di libertà di religione¹⁶, utilizzando la sua posizione per enfatizzare, nel rispetto dell'art. 19 Cost., il ruolo propositivo dello Stato e delle Regioni nella creazione di una "laicità positiva," sottolineando l'imprescindibilità di un sistema inclusivo delle differenti confessioni.

¹⁵ Cfr. [Corte cost. sent. n. 203/1989](#).

¹⁶ G. TROPEA, *Edilizia di culto: un importante passo avanti verso la "laicità positiva"*, in [Giustizia Insieme](#), 24 dicembre 2019.

Angelo Licastro

La Messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa*

ABSTRACT: *This paper examines the effects on religious freedom of the containment measures introduced in France to combat the pandemic, in a comparative perspective with the Italian legal framework. To do so, it takes as a starting point the decision of the French Council of State of May 18, 2020, that imposed to the Government to remove the general and absolute ban on gatherings in places of worship and to establish measures which are strictly proportionate to the health risks.*

SOMMARIO: 1. Una premessa sul crescente rilievo del *test* di proporzionalità col progressivo consolidarsi della situazione di rischio indotta dalla presenza del virus - 2. Le misure di contenimento del contagio adottate in Francia e i loro effetti sulla libertà di pubblico esercizio del culto - 3. Alcuni tratti qualificanti delle scelte governative operate Oltralpe (in raffronto con le scelte operate altrove e, in particolare, in Italia) - 4. Le argomentazioni poste a fondamento dei ricorsi al *Conseil d'État* - 5. I passaggi chiave della decisione dei Supremi giudici amministrativi. - 6. Notazioni conclusive.

1. Una premessa sul crescente rilievo del test di proporzionalità col progressivo consolidarsi della situazione di rischio indotta dalla presenza del virus

A giudizio del *Conseil d'État*, il divieto assoluto di riunioni all'interno dei luoghi di culto, introdotto dalla normativa emanata in Francia per combattere la diffusione del contagio da Covid-19, costituisce una «violazione grave e manifestamente illegittima» della libertà religiosa e se ne deve, quindi, operare una modifica che consenta di garantire il perseguimento dell'obiettivo della tutela della salute della collettività, cui si ispira la misura emergenziale, senza l'imposizione di sacrifici eccessivi e sproporzionati nel godimento di una fondamentale estrinsecazione della libertà dei fedeli.

Dopo la Corte costituzionale tedesca¹, è ora la Suprema Corte amministrativa francese² a censurare alcune scelte politiche di fondo che hanno riguardato le restrizioni della libertà di pubblico esercizio del culto connesse alla pandemia, autorizzando ad affermare che in Francia sia stata quella giurisdizionale la via che ha condotto, in questo campo, al progressivo recupero degli spazi di libertà fin qui compressi.

Ancora prima dello spirare del termine fissato dal Consiglio di Stato, con decreto del Primo ministro del 22 maggio scorso³, adottato a seguito di concertazioni con i *leader* religiosi ed entrato immediatamente in vigore (con la pubblicazione nella gazzetta ufficiale del giorno successivo), si è autorizzata la ripresa delle funzioni religiose, nel rispetto di particolari accorgimenti considerati necessari per la sicurezza sanitaria dei fedeli e degli addetti alla celebrazione⁴, sebbene sia rimasta ferma la raccomandazione governativa di non anticipare a prima del 3 giugno una ripresa generale, non prima del momento, cioè, in cui si potrà compiere una stima circa un eventuale incremento dei contagi come conseguenza dell'inizio del «déconfinement»⁵.

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ [Bundesverfassungsgericht 29 aprile 2020 - 1 BvQ 44/20](#) (nel [sito internet della Corte costituzionale](#) può leggersi una sintesi in lingua italiana della pronuncia a cura del Servizio Studi - Area di Diritto Comparato).

² [Conseil d'État, ord. 18 maggio 2020, nn. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590.](#)

³ [Décret n° 2020-618 du 22 mai 2020 complétant le décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.](#)

⁴ In pratica, gli edifici di culto possono ricevere i fedeli nel rispetto delle generali prescrizioni di carattere igienico e delle regole di distanziamento sociale valide per tutte le strutture pubbliche. Dalle stesse regole di distanziamento interpersonale dipende la determinazione della capienza massima della struttura. Previsto l'obbligo di indossare la mascherina, salvo per i minori di undici anni e salva la possibilità di toglierla momentaneamente per il compimento di particolari riti. Sul rispetto di tutte queste prescrizioni vigila il titolare della gestione del luogo di culto, che vi deve provvedere in particolare nel momento dell'ingresso e in quello dell'uscita dal luogo di culto. In caso di inosservanza di tali prescrizioni, o di mancata vigilanza sul loro rispetto, il prefetto del dipartimento competente, dopo una formale messa in mora, può vietare l'ingresso del pubblico nella struttura (art. 1 del [Décret n° 2020-618 du 22 mai 2020](#), cit.).

⁵ Cfr. il Comunicato stampa del Ministro dell'interno del 22 maggio 2020 sulla «[Reprise des cérémonies religieuses](#)».

A prescindere dai séguiti a esse riconducibili, le decisioni richiamate dovrebbero di per sé offrire una prospettiva (almeno teoricamente) più oggettiva e neutrale (o, per meglio dire, meno compromessa e condizionata da visioni “di parte” scaturenti dalla naturale dialettica esistente tra forze politiche di maggioranza e di opposizione)⁶ da cui considerare la questione della legittimità e della congruità delle misure limitative di cui si tratta, in rapporto al carattere fondamentale delle garanzie che circondano, negli ordinamenti moderni, le principali manifestazioni della libertà religiosa. Una questione ampiamente dibattuta in questi ultimi tempi in ambito strettamente scientifico⁷ e non solo.

Si deve, pure, considerare che l'emergenza prodotta dalla pandemia sembra destinata a dilatarsi parecchio nel tempo, anche oltre le più pessimistiche proiezioni iniziali. Facendosi sempre maggiormente concreta l'idea di dovere convivere a lungo con il virus, tende sempre più a perdere consistenza ogni argomento che, al fine di giustificare la fondatezza e la sostenibilità delle misure *extra ordinem* di contenimento del contagio, aveva fatto leva sul loro carattere strettamente transitorio e momentaneo, per acquistare quota in modo crescente un diverso ordine di valutazioni, basato sul calcolo degli inevitabili costi per la salvaguardia della salute collettiva, indotti dal necessario allentamento delle misure più restrittive delle libertà personali ed economiche, da bilanciare con gli evidenti benefici per altri valori o interessi di primario rilievo che parimenti ne conseguono.

Insomma, col protrarsi e il consolidarsi della situazione di rischio, l'urgenza e lo stato di necessità cedono progressivamente il posto alla normalità o a una “nuova” ordinarietà (in quanto non ritrovata con le stesse, identiche caratteristiche del passato, a causa del permanere della presenza del virus), favorendo il passaggio da soluzioni anche ragionevolmente sbilanciate a favore della salvaguardia del bene più prezioso e immediatamente minacciato, verso altre, volte a realizzare una sintesi più meditata ed equilibrata tra tutti gli interessi in gioco meritevoli di tutela.

Si va così al cuore della “proporzionalità” delle misure limitative delle libertà fondamentali in genere e, per quel che più interessa in questa sede, della libertà religiosa in particolare, sul quale aspetto è tutta incentrata la pronunzia del Consiglio di Stato francese, principale oggetto della presente analisi.

⁶ Ha isolato una sorta di «opposizione “liturgica”, [...] volta cioè a contestare il divieto di riti e assemblee religiose pubbliche (non solo da parte cattolica)» tra le varie forme di opposizione messe in atto nei confronti delle politiche del Governo italiano, P. COSTANZO nell'Editoriale [Il coronavirus e la predestinazione](#), in questa [Rivista](#), 2020, Cronache dalle Istituzioni (30.04.20), 1.

⁷ Per quanto riguarda gli studi pubblicati dalla dottrina italiana (da cui sono ricavabili ulteriori indicazioni), cfr. AA.VV., *Law, Religion and Covid-19 Emergency* (e-book), a cura di P. Consorti, DiReSoM, Pisa, 2020; F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020: un suggerimento ermeneutico ecclesiasticistico*, in [Diritti Regionali](#), n. 1, 2020, 482 ss.; ID., *L'emergenza “Coronavirus” in Italia: il Governo e la Chiesa*, in [Ius in Itinere](#), 8 maggio 2020; F. BOTTI, *Bagattelle per una pandemia*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 10, 2020, 1 ss.; G. M. CAPORALE, L. TRAPASSI, *La libertà di esercizio del culto cattolico in Italia in epoca di COVID-19. Una questione di diritto internazionale*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, 1 ss.; M. CARRER, *Salus Rei Publicae e salus animarum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del coronavirus*, in corso di pubblicazione in [BioLaw Journal](#), n. 2, 2020, 1 ss.; G. CIMBALO, *Il papa e la sfida della pandemia*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 9, 2020, 13 ss.; N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, [ivi](#), n. 7, 2020, 25 ss.; P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2, 2020; A. FUCCILLO, M. ABU SALEM, L. DECIMO, *Fede interdetta? L'esercizio della libertà religiosa collettiva durante l'emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, in [Calumet](#), 2020, 87 ss.; C. GENTILE, *L'epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed i rapporti Stato-Chiesa*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid-19, 15 aprile 2020, 1 ss.; A. LICASTRO, [Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia](#), in questa [Rivista](#), 2020/I, 229 ss.; G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello “stato di emergenza” e nuove opportunità pratiche di socialità*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 9, 2020, 23 ss.; ID., *Brevi considerazioni in materia di governance delle pratiche di culto tra istanze egualitarie, soluzioni compiacenti e protocolli (quasi) “fotocopia”*, [ivi](#), n. 11, 2020, 68 ss.; T. DI IORIO, *La quarantena dell'anima del civis-fidelis. L'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, [ivi](#), 36 ss.; M. MICHETTI, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in [Dirittifondamenti.it](#), 2, 2020, 557 ss.; V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 8, 2020, 85 ss.; A. TIRA, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: il protocollo del 7 maggio 2020 concordato tra Ministero dell'Interno e Conferenza Episcopale Italiana*, in [Giustizia Insieme](#), 16 maggio 2020. Si vedano, inoltre, i contributi pubblicati sul *Dossier emergenza coronavirus* nel sito dell'OLIR, nonché gli Atti, in corso di stampa sulla *Rivista Il diritto ecclesiastico*, del Webinar *La libertà religiosa in Italia ai tempi del COVID-19*, svoltosi sulla piattaforma informatica Zoom il 30 aprile 2020.

2. Le misure di contenimento del contagio adottate in Francia e i loro effetti sulla libertà di pubblico esercizio del culto

Prima di prendere in esame la pronunzia del *Conseil d'État*, è necessario illustrare brevemente le misure di contenimento del contagio adottate in Francia⁸, anche per avere un quadro preciso di quella che è stata la loro incidenza sulla libertà di pubblico esercizio del culto⁹.

All'ordinanza del Ministro della salute del 4 marzo scorso risalgono le prime restrizioni riguardanti gli assembramenti di qualsiasi natura, inizialmente limitate a quelli che avessero coinvolto più di 5.000 persone contemporaneamente, in un luogo chiuso, e poi rese, via via più stringenti, dapprima con l'ordinanza del 9 marzo (che vietò gli assembramenti di più di 1.000 persone anche all'aperto, salve eventuali deroghe per quelli «indispensables à la continuité de la vie de la Nation»), e poi con l'ordinanza del 13 marzo (che vietò gli assembramenti, le riunioni o attività che avessero comportato la presenza simultanea di più di 100 persone). L'ordinanza del 14 marzo confermerà tali misure, ma disporrà, altresì, la chiusura al pubblico di una serie di locali (quali cinema, centri commerciali, bar, ristoranti, discoteche, musei), senza menzionare i luoghi di culto¹⁰. L'ordinanza del 15 marzo¹¹ detterà disposizioni integrative di quest'ultimo provvedimento, precisando, fra l'altro, che «[I]es établissements de culte, relevant de la catégorie V¹², sont autorisés à rester ouverts. Tout rassemblement ou réunion de plus de 20 personnes en leur sein est interdit jusqu'au 15 avril 2020, à l'exception des cérémonies funéraires».

Il decreto del Primo ministro del 16 marzo, n. 2020-260¹³, detterà una prima regolamentazione degli spostamenti nel territorio dello Stato, vietando quelli fuori dal proprio domicilio salvo alcune eccezioni espressamente previste, tra cui non veniva contemplata la pratica culturale. Ma alla domanda «Puis-je me rendre dans mon lieu de culte?», il sito internet del Governo rispondeva nei termini seguenti: «Oui, les lieux de culte ont été autorisés à rester ouverts. Mais je ne peux pas participer à un rassemblement ou une réunion de plus de 20 personnes au sein d'un lieu de culte». Fermo restando, poi, ovviamente, il rispetto della distanza di sicurezza. Gli spostamenti per partecipare ai funerali potevano farsi rientrare, invece, nella categoria dei «déplacements pour motif familial impérieux», espressamente contemplata dal provvedimento.

Una misura maggiormente restrittiva verrà introdotta dal decreto del Primo ministro del 23 marzo, n. 2020-293, che, nel prescrivere le «mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire», continuerà ad autorizzare l'apertura degli edifici di culto, vietando, tuttavia, qualsiasi assembramento o riunione al loro interno (con l'unico limite delle cerimonie funebri, entro il tetto massimo di 20 partecipanti)¹⁴. Correlativamente, il sito del

⁸ Per il complesso di tali misure, si veda *France* in *Comparative Covid Law*.

⁹ Cfr. J. LALOUETTE, *La vie des cultes en France au temps du covid-19*, in *Fondation Jean-Jaurès*; M. TREDEZ-LOPEZ, *La liberté religieuse sous le régime de l'état d'urgence sanitaire en France*, in *Olivier.it*, 30 marzo 2020. Sulla pronunzia del Consiglio di Stato, J. FIALAIRE, *Liberté de culte et urgence sanitaire: les leçons de la jurisprudence*, in *La Semaine juridique - Administrations et Collectivités territoriales*, n. 21-22, 25 maggio 2020, 38 ss.; L. ERSTEIN, *Covid: le déconfinement vaut bien une messe*, *ivi*, 10 s.

¹⁰ Ciascun provvedimento (arrêté) richiamato nel testo reca «diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19» e può essere consultato in www.legifrance.gouv.fr.

¹¹ Arrêté del 15 marzo 2020 «complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19», *ivi*.

¹² È questo un riferimento ai criteri di classificazione degli immobili adottati in Francia dalla normativa contenuta nel «code de la construction et de l'habitation».

¹³ Décret n. 2020-260 del 16 marzo 2020 recante «réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19», in <http://www.legifrance.gouv.fr>.

¹⁴ Art. 8, IV, *ivi*. Si veda pure l'art. 8, III, del decreto 11 maggio 2020, n. 2020-545 e l'art. 10, III, del decreto 11 maggio 2020, n. 2020-548, dove si prevede che «[I]es établissements de culte, relevant du type V, sont autorisés à rester ouverts. Tout rassemblement ou réunion en leur sein est interdit. / Les cérémonies funéraires sont autorisées dans la limite de vingt personnes, y compris dans les lieux mentionnés à l'alinéa précédent».

Si tenga presente che dai decreti dell'11 maggio vennero vietati in generale, salve deroghe per alcuni locali pubblici, gli assembramenti, le riunioni e attività con più di 10 persone.

Governo chiarirà che lo spostamento per recarsi nel luogo di culto è consentito, «mais il ne peut pas accueillir de réunions de fidèles. Seule la célébration d'obsèques peut donner lieu à l'accueil de la famille proche, dans la limite de 20 personnes en respectant les distances physiques et mesures barrière». Lo stesso sito internet chiarirà che, nel rispetto delle regole di distanziamento, è consentito ai ministri di culto compiere visite alle persone ammalate o in fin di vita, sebbene «les restrictions d'accès définies par chaque établissement hospitalier ou médico-social rendent difficile, voir impossible dans la pratique l'accès des visiteurs»¹⁵. A supplire alla mancanza di celebrazioni liturgiche aperte al popolo dei fedeli, sarà, un po' dappertutto, l'adozione di «solutions palliatives reposant sur les techniques audiovisuelles et numériques»¹⁶.

Presentando poi all'*Assemblée nationale*, nella seduta del 28 aprile 2020, il piano di progressivo «déconfinement», con una nuova organizzazione di molti aspetti della vita quotidiana, corrispondente grosso modo a quella che da noi si è avuta con l'avvio della così detta «fase 2», il Primo ministro aveva affermato che il divieto di svolgimento di cerimonie religiose nei luoghi di culto sarebbe rimasto in vigore fino al 2 giugno¹⁷, correggendo il tiro, tuttavia, pochi giorni dopo, al Senato, a seguito della reazione irritata dei vescovi francesi, che molto da vicino ricorda, se non nei toni¹⁸, quanto meno nella sostanza, l'analogo precedente della presa di posizione della Conferenza episcopale italiana, adottata subito dopo che il Presidente del Consiglio dei ministri aveva da noi annunciato le misure per l'avvio della «fase 2», senza includere in esse la ripresa delle celebrazioni liturgiche.

La difficoltà di accettare, secondo le parole dell'Arcivescovo di Rouen, «la relégation de la liberté de culte à la dernière roue du carrosse de la nation française»¹⁹, spingerà lo stesso Primo ministro a precisare, nelle successive dichiarazioni rese al Senato, che «si la situation sanitaire ne se dégrade pas au cours des premières semaines de levée du confinement, le Gouvernement est prêt à étudier la possibilité que les offices religieux puissent reprendre à partir du 29 mai». Non è un dettaglio trascurabile: tra venerdì 29, sabato 30 e domenica 31 maggio sono concentrate tre importanti festività per i mussulmani, gli ebrei e i cattolici. E se i primi due gruppi confessionali non sono sembrati sin da subito particolarmente interessati a cogliere l'opportunità (o a forzare i tempi), i vescovi cattolici avevano, invece, ribadito che la «fête de la Pentecôte devrait marquer, sauf reprise de l'épidémie, la fin du confinement sévère en matière de vie liturgique et sacramentelle»: se si vuole, si tratta solo di una presa di posizione tendente a rimarcare il valore simbolico di un “nuovo inizio”, dopo la forzata interruzione imposta dalla pandemia, considerato che la festa della Pentecoste celebra proprio la nascita della Chiesa; ma anche i simboli, nella vita di ognuno, come nella storia della Chiesa, non sono indubbiamente da trascurare.

Dopo il decreto del 22 maggio cit., il divieto delle riunioni di culto, come si è già anticipato, è venuto meno, e l'art. 10, III, del decreto 11 maggio 2020, n. 2020-548, è sostituito dalle nuove prescrizioni al cui rispetto è subordinata la possibilità di accogliere i fedeli all'interno degli edifici di culto.

¹⁵ M. TREDEZ-LOPEZ, *La liberté religieuse sous le régime de l'état d'urgence sanitaire en France*, cit.

¹⁶ J. LALOUETTE, *La vie des cultes en France au temps du covid-19*, cit.

¹⁷ «Quant aux lieux de culte, je sais l'impatience des communautés religieuses. Les lieux de culte pourront continuer à rester ouverts. Mais je crois qu'il est légitime de demander de ne pas organiser de cérémonies avant le 2 juin».

¹⁸ «Le Conseil Permanent de la Conférence des évêques de France, au nom de tous les évêques, prend acte avec regret de cette date qui est imposée aux catholiques et à toutes les religions de notre pays. Nous [...] voyons mal que la pratique ordinaire de la messe favorise la propagation du virus et gêne le respect des gestes barrières plus que bien des activités qui reprendront bientôt. La dimension spirituelle et religieuse de l'être humain contribue, nous en sommes persuadés, à la paix des cœurs, à la force dans l'épreuve, à la fraternité entre les personnes, et à toute la vie sociale. La liberté de culte est un élément constitutif de la vie démocratique. C'est pourquoi les évêques souhaitent rencontrer les pouvoirs publics, nationaux ou locaux, pour préparer la reprise effective du culte [...]» (www.paris.catholique.fr/communiqué-du-conseil-permanent-de.html).

¹⁹ Si veda il Comunicato «au sujet du plan de déconfinement» apparso il 28 aprile 2020 sul sito dell'Eglise Catholique de Rouen.

3. *Alcuni tratti qualificanti delle scelte governative operate Oltralpe (in raffronto con le scelte operate altrove e, in particolare, in Italia)*

Riassumendo molto sinteticamente i punti qualificanti risultanti dal quadro normativo appena illustrato, è facile cogliere diversi parallelismi, ma anche alcuni caratteri peculiari e distintivi, tra le scelte operate dal Governo francese e quelle operate dal Governo italiano riguardo al trattamento riservato all'esperienza religiosa nell'ambito delle misure di contenimento del contagio.

Tra le specificità delle decisioni assunte Oltralpe, va rimarcata quella di non sospendere le cerimonie funebri e di consentire, quindi, pure all'interno dei luoghi di culto, la *celebrazione delle messe esequiali*. Anche nella fase più acuta dell'epidemia, non si è, cioè, mai esclusa la possibilità di tenere questo tipo di cerimonie, sia pure coinvolgendo solo la cerchia dei familiari più stretti del defunto e, comunque sia, non più di 20 persone (fermo restando, inoltre, lo scrupoloso rispetto delle misure di distanziamento interpersonale). In questo modo, si è realizzato un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di non privare i familiari del defunto del conforto legato al compimento e alla partecipazione ai riti di commiato, e quella di escludere cerimonie troppo affollate – e, quindi, particolarmente rischiose – come spesso sono quelle esequiali.

Un analogo tentativo di conciliare opposte esigenze parrebbe trasparire anche dall'iniziale disponibilità (esclusa, come si è visto, in un secondo momento) ad ammettere nei luoghi di culto le *riunioni religiose*²⁰, sia pure con il *limite massimo di 20 persone*. È innegabile, in tal caso, l'attenzione per una maggiore flessibilità dell'intervento restrittivo, sebbene la misura potesse già suscitare alcune perplessità avuto riguardo alla fissazione di un tetto di partecipanti non calcolato sulla base della ampiezza dei locali²¹. In ogni caso, anche quando la normativa diverrà più stringente, con l'introduzione del divieto di qualsiasi assembramento o riunione all'interno dei luoghi di culto, il Ministero chiarirà che «[q]uelques personnes peuvent s'y trouver simultanément, mais dispersées et en très petit nombre. Il ne doit y avoir aucun regroupement fortuit ni rassemblement organisé». Si preciserà, altresì, che nella celebrazione il ministro di culto può farsi assistere da qualche persona impegnata nella ripresa e nella trasmissione delle celebrazioni, da tenere in ogni caso a porte chiuse.

Del tutto simile, nei due sistemi giuridici, è stata l'incertezza riguardante il regime giuridico degli *spostamenti per raggiungere gli edifici di culto*, ma la soluzione adottata dal Governo francese, nonostante la mancanza della voce specifica nel modulo contenente l'attestazione²², presta il fianco solo in parte alle obiezioni che sono state, invece, sollevate in Italia nei confronti della scelta operata dal Ministero dell'interno di consentire l'accesso a quelle strutture solo a chi si fosse allontanato dal proprio domicilio per ragioni di lavoro, di salute o di necessità²³.

A ogni modo, l'elemento su cui appare più interessante concentrare l'attenzione riguarda il fondamento delle restrizioni riguardanti la libertà di culto, da collocare, ovviamente, nel contesto più generale delle restrizioni riguardanti le altre libertà e attività che hanno subito compressioni o menomazioni a opera della normativa emergenziale.

A questo riguardo, si possono, a mio parere, isolare e mettere in luce tre aspetti.

Anzitutto, dalle misure adottate non emerge alcuna ostilità o intento discriminatorio dei Governi verso il fenomeno religioso. Cioè, anche se l'esito di una verifica comparata avente a oggetto le

²⁰ L'impiego della locuzione «rassemblement ou réunion» per indicare le condotte vietate all'interno degli edifici di culto appare tecnicamente preferibile rispetto al concetto di «cerimonie» religiose prescelto nel nostro ordinamento, che ha prodotto incertezze interpretative sul suo preciso significato (e, quindi, sul campo di applicazione del divieto), superate solo dai chiarimenti forniti dal Ministero dell'interno. Sul punto, rinvio ad A. LICASTRO, [Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia](#), cit., 226 ss.; cfr. anche P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, cit., 378 ss.

²¹ Per questo tipo di riserve, cfr., sia pure con riferimento alla disciplina applicabile in Italia ai riti funebri, M. MICHETTI, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, cit., 573.

²² Il Ministero chiarirà che, nel caso di edificio di culto situato entro un raggio massimo di distanza attorno al domicilio di un chilometro, si dovesse spuntare la casella riguardante gli spostamenti brevi («déplacements brefs»), i quali, però, a rigore, sarebbero quelli «liés soit à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective et de toute proximité avec d'autres personnes, soit à la promenade avec les seules personnes regroupées dans un même domicile, soit aux besoins des animaux de compagnie».

²³ Sul punto rinvio ad A. LICASTRO, [Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia](#), cit., 232 s.

restrizioni subite dalla libertà di religione e quelle subite da altre libertà dovesse essere quello del riscontro di un eccessivo sacrificio ai danni della prima, esso non è certamente da imputare a intenti persecutori dell'Esecutivo. Anzi, ha colto probabilmente nel segno chi, con specifico riguardo alle misure introdotte in Germania, ma con considerazioni di portata più generale, ha ritenuto che la compromissione della libertà di culto è solo "indiretta" o "riflessa", prendendo spunto da chi in quel Paese ha affermato che «le misure adottate per il contrasto dell'epidemia, benché incidenti sulla libertà religiosa, non sono orientate contro di essa, per sé considerata, e dunque attengono in realtà essenzialmente al profilo della libertà fondamentale di riunione»²⁴. Altri preferisce, piuttosto, sottolineare che se si intende la libertà di religione o credenza «in the normative sense, as a right that has its limits in the exercise of other rights (for example, the right to a healthy life) than the governmental measures are not in fact restrictions, but instruments to democratically harmonize multiple rights»²⁵.

Piuttosto – ed è questo il secondo aspetto da considerare – sul particolare rigore che ha in genere contraddistinto le misure in esame sembra avere pesato in maniera decisiva il parere espresso dagli esperti ascoltati come consulenti dall'Esecutivo, i quali, sulla base delle risultanze ricavabili dalla più accreditata letteratura scientifica, hanno collocato su una soglia di rischio particolarmente elevata la frequentazione dei luoghi di culto.

Abbiamo ormai tutti imparato che i luoghi chiusi e affollati, dove si resta per un periodo di tempo prolungato e dove il ricambio dell'aria è insufficiente, sono i più pericolosi per il contagio²⁶. In queste condizioni, persino le comuni precauzioni della rinuncia a strette di mano e a qualsiasi condivisione di oggetti possono non essere sufficienti a prevenire i rischi derivanti da attività particolarmente pericolose. È, ad esempio, il caso del coro e dei canti in generale che accompagnino le celebrazioni liturgiche²⁷. Come pubblicamente dichiarato dallo stesso Presidente del Consiglio dei ministri italiano, il via libera alle celebrazioni liturgiche, in coincidenza con l'avvio della così detta «fase 2», non si è da noi avuto proprio per le riserve manifestate dal Comitato tecnico scientifico²⁸ riguardo ad alcune criticità, peraltro, poi superate in fase di negoziazione dei protocolli che hanno consentito la ripresa della partecipazione dei fedeli ai riti a partire dal 18 maggio scorso.

E veniamo al terzo profilo, che è quello più problematico. Si può ritenere sufficiente l'acquisizione di questo tipo di risultanze scientifiche per autorizzare il blocco praticamente totale delle funzioni religiose, ossia del cuore pulsante della esperienza di fede, vissuta nella sua dimensione comunitaria? Questo tipo di scelta (per quanto compiuta sulla scorta delle indicazioni di carattere scientifico

²⁴ G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, cit., 115 e in nota 213.

²⁵ C. RAIU, *Is the lockdown of churches an aggression towards freedom of religion or belief?*, in *DiReSoM*, 26 maggio 2020. Ha, nella nostra dottrina, di recente, posto l'accento su quest'ultimo tipo di lettura del problema dei limiti cui va incontro la libertà religiosa, M. MICETTI, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, cit., 562 ss.

²⁶ I matrimoni e i funerali sono inclusi dalla letteratura medica tra i più grandi «super-spreading events»: cfr. E. BROMAGE, *The Risks - Know Them - Avoid Them*, nel [sito](#) di Erin Bromage.

²⁷ Si veda, al riguardo, la vicenda verificatasi nella contea di Skagit, nello Stato di Washington, e illustrata da E. BROMAGE, *The Risks - Know Them - Avoid Them*, cit., il quale osserva che «[s]inging, to a greater degree than talking, aerosolizes respiratory droplets extraordinarily well. Deep-breathing while singing facilitated those respiratory droplets getting deep into the lungs».

È anche per questo motivo che i protocolli sulla ripresa delle funzioni religiose hanno da noi previsto che, in questa fase, si ometta il coro. Cfr. anche A. TIRA, *Libertà di culto*, cit., il quale ricorda, in nota 19, che in «Germania, dove la riapertura delle chiese al culto pubblico è avvenuta in vari *Länder* già domenica 3 maggio, è stato fatto divieto anche ai fedeli di intonare i canti religiosi».

²⁸ La Nota del Comitato di esperti è formulata in questi termini: «Il Comitato, nell'esprimere grande apprezzamento per il documento della Cei e pur essendo largamente riconosciuta e ampiamente sentita l'esigenza di culto, ritiene che la partecipazione dei fedeli alle funzioni religiose comporta allo stato attuale alcune criticità ineliminabili che includono lo spostamento di un numero rilevante di persone e i contatti ravvicinati durante l'eucarestia. A partire dal 4 maggio 2020 e per le successive tre settimane, non essendo ancora prevedibile l'impatto che avranno le riaperture parziali e il graduale allentamento delle misure in vigore sulle dinamiche epidemiche, reputa prematuro prevedere la partecipazione dei fedeli alle funzioni religiose. A partire dal 25 maggio questo parere potrà essere rivisto nella direzione di una previsione verso la partecipazione dei fedeli alle funzioni rispettando rigorosamente le misure di distanziamento sociale sulla base degli andamenti epidemiologici».

provenienti dagli esperti) non può che essere politica e deve tenere conto di valutazioni di carattere spiccatamente giuridico. Qui anche il *tertium comparationis*, ricavabile dal trattamento riservato alle altre libertà, diventa un elemento di centrale importanza.

«La liberté de culte serait-elle moins importante que la liberté de consommer?», si sono chiesti, in una discussione avviata sulla piattaforma *FigaroVox*, 73 parlamentari francesi²⁹, riecheggiando analoghi interrogativi che ci è posti altrove. Certamente è in gioco una questione di priorità, di precedenza (e, quindi, anche di importanza?), tra interessi che richiedono una tutela immediata e incondizionata e altri il cui soddisfacimento può essere differito con minori danni, entro, tuttavia, limiti – non insindacabili in giudizio – di *ragionevolezza* e *proporzionalità*.

A ben vedere, non si tratta di rivendicare per la libertà religiosa un trattamento in qualche misura privilegiato rispetto a quello riservato ad altre libertà, nonostante essa parrebbe essere circondata, almeno al livello internazionale, di garanzie specifiche rafforzate, destinate a risultare operative proprio nelle situazioni di emergenza assimilabili a quella che abbiamo vissuto (e stiamo, in parte, ancora vivendo) in questi mesi. Mi riferisco a quanto prevede l'art. 4, par. 2, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (concluso a New York il 16 dicembre 1966), secondo cui la disposizione di cui al paragrafo 1 del medesimo art. 4 – in base alla quale in «caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parti [...] possono prendere misure le quali derogano agli obblighi imposti dal presente Patto» – «non autorizza alcuna deroga» alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione garantita dal successivo art. 18³⁰. È vero che lo stesso art. 18 ammette possibili restrizioni di quella libertà che siano previste dalla legge e siano necessarie per la tutela della sanità pubblica: ma è, comunque sia, a mio parere, significativo che il Patto non tolleri, neppure in situazioni di pericolo eccezionale, per la libertà religiosa, «deroghe» altrimenti praticabili venendo in gioco altre libertà parimenti fondamentali.

E, tuttavia, le norme emergenziali “anti Covid” invitano a riflettere sulle garanzie inerenti alla libertà religiosa in una prospettiva molto diversa da quella appena richiamata, che non è, cioè, quella della libertà “privilegiata”, quanto quella della libertà intesa in senso “riduttivo” rispetto alle altre. Si è proprio sicuri che il solo elevato livello di rischio delle celebrazioni liturgiche possa giustificare un eventuale trattamento peggiore rispetto ad altre attività, parimenti pericolose? O i bisogni essenziali della persona al cui soddisfacimento è rivolta la libertà in parola giustificano il compimento del massimo sforzo nella ricerca di un equilibrio il più possibile “avanzato” che coniughi al meglio l'accettazione di un livello di rischio (non pari a zero, ma) sostenibile e l'imposizione di misure particolarmente limitative di quella libertà?

Sulla scorta di quanto fin qui premesso, è giunto il momento di verificare più da vicino che tipo di risposte ha dato a queste domande il Consiglio di Stato francese.

4. *Le argomentazioni poste a fondamento dei ricorsi al Conseil d'État*

A investire della questione il Consiglio di Stato francese sono state diverse associazioni, un partito politico³¹ e singoli individui (alcuni dei quali sono fedeli cattolici residenti nella Mosella), che si sono avvalsi della procedura d'urgenza (c.d. «procédure de référé-liberté») disciplinata dall'art. L. 521-2 del codice francese di giustizia amministrativa³². È bene sottolineare il fondamento di carattere

²⁹ Il documento è stato pubblicato su [Le Figaro](#) del 1° maggio 2020.

³⁰ Aveva richiamato l'attenzione su tale previsione di diritto internazionale pattizio, S. CECCANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, Il Mulino, Bologna, 2001, 38, secondo il quale il vincolo da essa derivante finirebbe col riflettersi sulla stessa disposizione dell'art. 15, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nonostante il paragrafo successivo del medesimo art. 15 non ricomprenda l'art. 9, riguardante, com'è noto, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, tra gli articoli della Convenzione rispetto ai quali non è autorizzata alcuna deroga in caso di stato d'urgenza.

³¹ Si tratta del *Parti Chrétien-Démocrate*.

³² L'art. L. 521-2 del codice di giustizia amministrativa prevede che «Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait

tecnico-processuale su cui poggia la decisione dei giudici, in quanto esso è anche indice indiretto del tipo di violazione riscontrata nel caso concreto. Ricordo, a questo riguardo, che la predetta procedura presuppone non solo il requisito dell'«urgenza» di intervenire a salvaguardia di una libertà fondamentale³³ (che si assume essere) minacciata, ma anche la ricorrenza di una «lesione grave e manifestamente illegittima» alla medesima libertà.

Una serie di ricorsi hanno censurato la previsione dell'art. 8, IV, del decreto del 23 marzo e/o dell'art. 8, III, del decreto dell'11 maggio, n. 2020-545, coi quali, come si ricorderà, si sono vietate le riunioni nei luoghi di culto a prescindere dal numero dei partecipanti. Si tratta dei ricorsi n. 440361 e n. 440511 presentati dall'Associazione *Civitas*, del ricorso n. 440512 presentato dall'*Alliance generale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF)* e altri, nonché del ricorso n. 440519 presentato dall'*Association culturelle Fraternité sacerdotale Saint-Pierre* e altri, che verranno tutti respinti dal Consiglio di Stato, riguardando norme abrogate al momento della decisione e, pertanto, da considerare privi di oggetto³⁴.

Altri ricorsi hanno ancora lamentato le conseguenze derivanti dal predetto divieto, quale risultante, però, dall'art. 10, III, del decreto 11 maggio 2020, n. 2020-548, vigente al momento della decisione del Consiglio di Stato. È in relazione a esso che i giudici amministrativi hanno potuto affrontare il merito della questione, con l'accoglimento delle ragioni dei ricorrenti³⁵.

Ritenendo non conforme al principio di necessità, al principio di proporzionalità («ni adaptée, ni nécessaire ni proportionnée») e al principio di realtà il carattere assoluto del divieto, era stato chiesto al Consiglio di Stato di ordinare alle autorità competenti che venisse immediatamente consentita, almeno in modo parziale, la ripresa del libero esercizio del culto in forma collettiva, con la fissazione di termini e di condizioni concrete in grado di soddisfare i predetti principi.

Diversi argomenti vengono invocati a riprova del carattere «urgente» dell'intervento del giudice, che, come si è detto, rileva quale presupposto per potersi avvalere della procedura di cui all'art. L. 521-2 del codice di giustizia amministrativa: il carattere assoluto e di durata indeterminata del divieto di esercizio del culto «libre, public et communautaire» e del divieto di ricevere i sacramenti; la rilevanza «pour l'ensemble de la société» dell'interesse alla celebrazione del culto; l'importanza che essa e i sacramenti hanno per i cattolici; l'imminenza di importanti festività religiose; il carattere non più attuale delle misure di confinamento e delle considerazioni riguardanti la saturazione delle strutture ospedaliere, grazie al miglioramento della situazione sanitaria. L'urgenza dell'intervento si traduce poi anche nella richiesta di provvedimenti provvisori proporzionati, che autorizzino il compimento delle celebrazioni religiose col solo limite delle restrizioni poste a tutela dell'ordine pubblico ed eventualmente anche con una qualche differenziazione territoriale, per tenere conto della situazione esistente nei dipartimenti meno colpiti dalla diffusione del virus.

Viene ribadito che la lesione arrecata alla libertà di culto pubblico, alla libertà religiosa e di esercizio della pratica religiosa è «grave e manifestamente illegittima», dal momento che si è protratta per diverse settimane e non tiene conto che «les gestes barrières et les mesures de distanciation sociale», o altre forme di accomodamento (*aménagement*), potrebbero agevolmente assicurare le esigenze di carattere sanitario.

Viene lamentata, altresì, la lesione delle garanzie inerenti alla libertà di organizzazione del culto da parte della Chiesa cattolica espressamente previste, nelle regioni dell'Alsazia e della Mosella, da disposizioni concordatarie, nonché la violazione degli artt. 9 e 14 della Convenzione europea sui diritti umani, a causa della distinzione fondata sulla religione o credenza che viene di fatto operata.

Si è pure posto l'accento sul fatto che, con l'avvio del «déconfinement» progressivo, con l'apertura

porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures».

³³ Già in altra occasione il *Conseil d'État* aveva affermato che la libertà di culto presenta il carattere di una «libertà fondamentale» ai sensi delle disposizioni dell'art. L. 521-2 del codice di giustizia amministrativa: si veda, ad esempio, *Conseil d'État*, ord. 16 febbraio 2004, n. 264314, *M. Benaïssa*, in www.conseil-etat.fr; Id., ord. 6 dicembre 2016, n. 405476, *Association islamique Malik Ibn Anas*, *ivi*, avente a oggetto la chiusura della moschea d'Ecquevilly.

³⁴ Si veda, rispettivamente, *Conseil d'État*, ord. 18 maggio 2020, nn. 440361 e 440511, ord. 18 maggio 2020, n. 440512 e ord. 18 maggio 2020, n. 440519, a partire dal [Blog juridique du monde public](#).

³⁵ *Conseil d'État*, ord. 18 maggio 2020, nn. 440366 ss., cit.

di diversi locali pubblici e la ripresa di molte attività, la libertà di culto subirebbe un ingiustificato trattamento deteriore. Non mancherebbe, neppure, una inammissibile differenziazione tutta interna al trattamento riservato alle celebrazioni religiose: «si les cérémonies funéraires sont autorisées avec moins de vingt personnes, rien ne justifie de refuser que les cultes puissent se tenir avec moins de vingt personnes»; né possibili tensioni tra le scelte dell'Esecutivo e il principio di laicità, in quanto il Governo, nell'introdurre le restrizioni, sembrerebbe aver dovuto giudicare della necessità del culto.

In effetti, il principio di laicità vieterebbe ogni genere di apprezzamento da parte dei pubblici poteri anche per quanto riguarda la semplice utilità del culto, che non può, quindi, costituire l'unico motivo in base al quale decidere di introdurre restrizioni più o meno pesanti o di ritardarne l'allentamento in rapporto ad altre attività (ad esempio di carattere commerciale) ritenute di maggiore utilità e rilevanza sociale.

5. I passaggi chiave della decisione dei Supremi giudici amministrativi

Acquista così un significato tutt'altro che retorico l'affermazione del *Conseil d'État* sul carattere «fondamentale» della libertà di esercizio del culto, cui è inerente, quale sua componente essenziale, il diritto di partecipare in forma collettiva alle cerimonie di culto. L'unico limite cui soggiace la predetta libertà, sulla base di quanto previsto dalla legge di separazione del 1905, è quello dell'ordine pubblico (art. 1), il quale opera anche per le riunioni di culto nei luoghi a ciò destinati (art. 25). Ciò, tuttavia, non vuol dire che non siano ammesse restrizioni per ragioni di carattere sanitario: venendo in gioco, anche in quest'ultimo caso, precisa ancora il Consiglio di Stato, un interesse tutelato al livello costituzionale, si rende piuttosto necessario individuare modi adeguati per conciliare con esso l'esercizio della libertà in parola³⁶.

Ravvisati i presupposti che giustificano un intervento d'urgenza del giudice, sono quattro gli snodi argomentativi fondamentali su cui poggia la decisione.

Il primo censura ogni approccio alla questione riguardante la possibilità di ammettere le celebrazioni religiose nei luoghi di culto che sia fondato semplicemente su risultanze empiriche non del tutto perspicuamente valorizzate, per quanto in grado di dimostrare la pericolosità per il contagio delle riunioni di culto. Proprio su questo tipo di evidenze aveva fatto leva il Ministero dell'interno *cité en référé*, che si era richiamato a un evento all'origine di un focolaio epidemico importante nell'area territoriale interessata e idoneo in tal modo a confermare la pericolosità di queste riunioni non solo per i fedeli che vi prendono parte, ma anche per la totalità della popolazione³⁷.

Si deve, peraltro, considerare, secondo i giudici, che la pericolosità di questi eventi si manifesta normalmente quando essi si svolgono senza le precauzioni che costituirebbero altrimenti una barriera adeguata alla circolazione del virus e, comunque sia, questo era stato il caso dell'accennato episodio portato a esempio dal Ministero, verificatosi ben prima dell'inizio del «confinement». In altri termini, la soglia di rischio piuttosto elevata che caratterizza le riunioni di culto non è un dato a esse intrinseco, non modificabile in alcun modo: quella soglia può essere abbassata sol che si faccia una applicazione rigorosa delle precauzioni igieniche e delle regole di distanziamento valide per tutte le riunioni all'interno dei locali aperti al pubblico.

In secondo luogo, assumendo come *tertium comparationis* il regime riservato ad alcuni luoghi destinati all'accesso del pubblico diversi dagli edifici di culto, si coglie un trattamento ingiustificatamente deteriore per le celebrazioni che si svolgono in questi ultimi, nonostante i fattori di rischio, per quanto non collocabili sempre allo stesso livello, abbiano le medesime caratteristiche. Emblematico il caso dei mezzi pubblici di trasporto, che lo stesso decreto dell'11 maggio cit. non sottopone al limite massimo (di 10 persone) valido per gli assembramenti e le riunioni nelle pubbliche vie o in luogo pubblico, mentre le celebrazioni religiose negli edifici di culto, secondo lo stesso decreto, non

³⁶ *Ibidem*, 11.

³⁷ L'evento religioso incriminato è consistito in una settimana di preghiere collettive, con più di 2.000 partecipanti, provenienti da diverse località della Francia, e si è svolto in una chiesa evangelica («La Porte ouverte chrétienne») a Mulhouse.

possono avere luogo neppure rispettando questo tetto massimo di partecipanti (salvo che per le messe equequiali); analogo ragionamento vale per il regime meno restrittivo previsto per i negozi e centri commerciali, per le scuole e le biblioteche³⁸.

E se fin qui la censura operata dai giudici sembrava fondarsi unicamente sulla comparabilità oggettiva *della situazione di rischio* presente in diversi locali destinati all'accesso del pubblico (risultando non giustificato il trattamento deteriore degli edifici di culto rispetto a quello riservato ad altri locali o mezzi pubblici), nel terzo ulteriore passaggio argomentativo della decisione si fa, per così dire, un "salto di qualità", in quanto ora è, invece, *il tipo di attività svolta* nei locali destinati ad accogliere il pubblico, la sua (presunta) meritevolezza o pregevolezza intrinseca, a rendere censurabile la mancanza di una disciplina speciale e più favorevole per gli edifici di culto.

Si sottolinea, infatti, che «si, durant la première phase du "déconfinement", les rassemblements et réunions ne sont pas autorisés dans d'autres établissements recevant du public que les lieux de culte, en application du 1° du I de l'article 10 du décret contesté, les activités qui y sont exercées *ne sont pas de même nature et les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes*»³⁹. L'affermazione è di quelle forti: insomma, sembrano voler dire i giudici, un conto sono le attività che si svolgono nelle sale per le conferenze e per gli spettacoli, nei centri sociali, nei ristoranti, nelle sale da ballo e da gioco, negli stabilimenti sportivi, nei musei, un conto quella che si svolge negli edifici destinati al culto pubblico. Sono chiamate in causa sempre libertà *fondamentali*, ma non sono chiamate in causa *le stesse* libertà fondamentali.

Infine (quarto passaggio), il divieto, a giudizio del Consiglio di Stato, dipende solo dall'elevato rischio di contagio, e non dalle particolari difficoltà nell'elaborare e nell'assicurare il rispetto – da parte dei responsabili delle strutture e sotto il controllo delle autorità statali competenti – di adeguate regole di sicurezza. Non ci sono, quindi, ostacoli insormontabili a garantire una ripresa delle celebrazioni religiose in condizioni ragionevolmente sicure dal punto di vista sanitario.

Alla luce di tutto ciò, il divieto *generale e assoluto* di qualsiasi riunione nei luoghi di culto – con la sola eccezione delle cerimonie funebri per le quali è consentita la presenza di 20 persone – è giudicato *sproporzionato* rispetto all'obiettivo della tutela della salute pubblica e, pregiudicando una componente essenziale della libertà di culto, costituisce una *lesione grave e manifestamente illegittima* di quest'ultima. Al Primo ministro è, dunque, ordinato di adottare entro otto giorni – termine previsto «[e]u égard à la concertation requise avec les représentants des principaux cultes» – misure *rigorosamente proporzionate ai rischi* per la salute e *adeguate alle circostanze del momento e del luogo*.

6. Notazioni conclusive

In dottrina, si è ritenuto di poter affermare che stavolta «la Francia, Paese tradizionalmente legato ai paradigmi di una laicità-laicista (la famosa *laïcité de combat*, laicità di lotta), dà all'Italia una lezione di laicità positiva»⁴⁰.

Sicuramente, l'Alta giurisdizione amministrativa francese, sin dall'inizio del secolo scorso, all'indomani dell'approvazione della legge di separazione (9 dicembre 1905), ha mostrato di prediligere una accezione "ouverte" di laicità, in grado di superare alcuni approcci rigidi dei pubblici poteri; anche posto di fronte alle nuove sfide che la mutata conformazione religiosa del Paese, con la sempre più massiccia diffusione di culti un tempo costituenti esigue minoranze, ha generato negli ultimi tempi, il Consiglio di Stato è riuscito a individuare soluzioni equilibrate: in numerose occasioni, ha conciliato al meglio la tipica neutralità dello Stato – che inerisce, quale componente irrinunciabile, al principio di laicità – con diverse sue declinazioni capaci di riflettere istanze di tutela legate a contestuali rivendicazioni di libertà di coscienza e di culto, anch'esse collocate in posizione eminente tra i

³⁸ [Conseil d'État, ord. 18 maggio 2020, nn. 440366 ss.](#), cit., 31.

³⁹ [Ibidem](#), 32 (miei corsivi).

⁴⁰ G. DALLA TORRE, *La sentenza francese. Lezione di libertà di culto dalla patria della "laïcité"*, in [Avvenire.it](#), 21 maggio 2020.

valori della *République*⁴¹. Talvolta, proprio attraverso la riconduzione dell'esercizio del potere conferito all'organo pubblico nei giusti canoni del *principio di proporzionalità*, ha ripristinato alcune manifestazioni "non tradizionali" della libertà religiosa ritenute ingiustamente compresse⁴².

Anche oggi la decisione del Consiglio di Stato ruota su un *test* di proporzionalità, a cui deve farsi necessariamente ricorso una volta ammesso che entrambi gli interessi in gioco (quello alla salute e quello alla libertà religiosa) meritano contestuale tutela.

La prima fase di questo *test* risulterebbe pienamente soddisfatta anche col mantenimento di misure massimamente prudenziali quali quelle contestate. Date le ben note modalità di trasmissione del virus, non vi è dubbio, infatti, che la sospensione delle riunioni religiose sia una misura senz'altro *idonea* al conseguimento dell'obiettivo che si è prefisso il Governo, ossia il contenimento della diffusione del contagio. In questa prospettiva, si deve, però, mettere in conto un sacrificio eccessivo per la libertà religiosa, ritenuto tollerabile in una temporanea fase iniziale, ma poi sempre meno giustificabile man mano che si proceda al progressivo «déconfinement».

Da quest'ultimo punto di vista, acquista sempre maggiore importanza la seconda fase del *test*, che valuta l'effettiva *necessità* delle restrizioni in rapporto alla disponibilità di *strumenti alternativi* capaci di conseguire il medesimo risultato con un *minore sacrificio* per il bene compresso. Se non ci sono difficoltà insormontabili nell'applicare le regole di sicurezza, come puntualmente ribadito dai giudici, non si vede perché si debba ricorrere alla misura radicale della chiusura al pubblico degli edifici di culto. Si può fare anche un altro esempio: se il problema (o uno dei problemi) fossero i canti o il coro, devono essere vietati questi ultimi, e non la celebrazione nel suo complesso. È qui che si annida il dubbio di una sottovalutazione, da parte delle misure emergenziali, delle esigenze legate alla libertà religiosa, che, nelle società secolarizzate, tendono a essere considerate non essenziali, differibili, secondarie, se non, addirittura, marginalizzate, trascurate o dimenticate.

C'è, infine, in una terza e ultima fase, la valutazione legata alla *proporzionalità vera e propria*: anche se realizzata con lo strumento meno invasivo e incisivo, tra la limitazione della libertà fondamentale e le ragioni che la giustificano deve comunque esserci un rapporto di proporzionalità diretta, in base al quale solo in presenza di gravi ragioni possono giustificarsi correlativamente gravi limitazioni.

Questo parametro, che, a prima vista, sembrerebbe soddisfatto avuto riguardo al livello di rischio particolarmente elevato presente all'interno degli edifici di culto, non è più rispettato se valutato, per un verso, in rapporto al *differente trattamento* (più vantaggioso dal punto di vista dello spazio di libertà concesso all'attività che in esso si svolge) riservato ad altri luoghi o mezzi pubblici nei quali il livello di rischio è praticamente uguale se non addirittura maggiore, nonché, per altro verso, (se valutato in rapporto) al *medesimo trattamento*, riservato ad altri luoghi ancora (e attività), in cui trovano svolgimento manifestazioni di libertà fondamentali della persona ritenute non equiparabili a

⁴¹ Sugli apporti della giurisprudenza del Consiglio di Stato francese alla definizione dell'idea di laicità, cfr. J. BARTHÉLÉMY, *Le Conseil d'État et la construction des fondements de la laïcité*, in *Revue administrative*, 1999, Numéro Spécial; J. RIVERO, *De l'idéologie à la règle de droit: la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative*, in A. AUDIBERT *et al.* (a cura di), *La Laïcité*, Bibliothèque des Centres d'études supérieures spécialisés, Centre de sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, Université d'AixMarseille, Parigi, PUF, 1960, n. VI, 263 ss.

Persino nelle applicazioni in relazione alle quali la giurisprudenza manifesta maggiore intransigenza, come accade in materia di neutralità dei pubblici funzionari (agents publics) e degli incaricati di un pubblico servizio, con una rigida applicazione del divieto di esibizione di simboli religiosi, la Suprema giurisdizione amministrativa si rifà, in genere, a una concezione liberale di laicità: cfr., di recente, ad esempio, *Conseil d'État*, 12 febbraio 2020, n. 418299, in *Actualité Juridique du Droit Administratif*, n. 19, 25 maggio 2020, con nota di J. GUILBERT, *La neutralité religieuse des agents publics au rasoir d'Ockham*, 1076 ss., e in *Actualité Juridique Fonctions Publiques*, n. 3, maggio-giugno 2020, 166 ss., con nota di A. ZARCA, *La barbe, signe d'appartenance religieuse?*, secondo cui la barba non può essere considerata di per sé come un segno sufficiente a caratterizzare l'appartenenza religiosa della persona.

Sulle evoluzioni della laicità francese, cfr., nella dottrina italiana, S. DOMIANELLO, *Laïcité en marche. L'Hexagone à l'épreuve*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 30, 2017, 1 ss.

⁴² È il caso, molto noto, delle c.d. ordinanze anti "burkini": cfr. *Conseil d'État*, ord. 26 settembre 2016, n. 403578, *Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France*, e ord. 26 agosto 2016, nn. 402742, 402777, *Ligue des droits de l'homme et autres - Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*.

quelle derivanti dall'esercizio della libertà religiosa. È come se il Consiglio di Stato volesse dire che non basta che diverse libertà siano state «tutte limitate per le medesime ragioni di contenimento del contagio»⁴³ a escludere una sproporzionata incisione della libertà di pubblico esercizio del culto. In tal modo, come si vede, il principio di *proporzionalità* si coniuga strettamente con quello della *ragionevolezza* delle differenziazioni operate dalla normativa emergenziale.

Inoltre, se è difficile immaginare che, in un Paese caratterizzato da uno *standard* elevato di tutela delle libertà fondamentali, questioni come quelle su cui sono intervenuti i giudici possano manifestarsi in situazioni di “normalità”, appare particolarmente significativo che la decisione sia stata adottata proprio per rispondere a una “domanda” di libertà religiosa emergente in una grave situazione di crisi, nella quale l'impegno delle pubbliche istituzioni nella direzione del contenimento del contagio sembra assumere (e ha fin qui assunto sicuramente) rilievo prioritario, data l'esigenza “vitale” di prevenire un rischio grave, concreto e imminente per l'individuo e la collettività intera. Non è, invece, facile capire quanto sulla decisione abbia potuto influire il clima più disteso con cui si affronta la gestione del rischio contagio in fase di programmazione dei piani di progressiva ripresa delle normali attività, e come si sarebbero orientati i giudici qualora fossero stati investiti della questione non, come è accaduto, nella prima fase di avvio del «déconfinement», ma nelle fasi più acute dell'epidemia.

Sicuramente, i contenuti della decisione in esame non possono, in alcun modo, essere considerati come espressione né di così detta «*laïcité concordataire*» (che è, notoriamente, quella praticata nell'Alsazia e nella Mosella), né di così detta «*laïcité identitaire*», cioè di quella forma di laicità diffidente solo verso le manifestazioni non tradizionali della religiosità. Sotto il primo aspetto, le specifiche garanzie concordatarie che assicurano la piena libertà di organizzazione del culto alla Chiesa cattolica, pur concorrendo a definire il quadro giuridico di riferimento inerente alla tutela invocata dai ricorrenti, non hanno inciso sui contenuti della decisione, basata sulle valutazioni di stretta proporzionalità delle restrizioni di una libertà fondamentale già richiamate. Sotto il secondo, nulla induce a ritenere che la decisione avrebbe potuto assumere contorni diversi qualora, come è accaduto in Germania, fossero state minoranze confessionali non radicate nelle tradizioni del Paese a invocare la tutela giudiziale.

Qualunque sia il legame tra la pronuncia del Consiglio di Stato e l'idea di laicità “alla francese”, essa è sicuramente un segnale forte, sul versante della tutela della libertà religiosa, da non sottovalutare.

⁴³ Cfr. P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, cit., 382.

Francesco Dal Canto

Il giudizio in via principale nella novella delle *Norme integrative* del gennaio 2020*¹

1. La recente novella delle [Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale](#)² è stata presentata come una grande innovazione³. Nella Relazione annuale della Presidente Marta Cartabia si è parlato di avvio di una “stagione di apertura” volta a “favorire una più ampia partecipazione al processo costituzionale”.

Tale lettura, in parte condivisibile se guardiamo al giudizio in via incidentale, appare, allargando la visuale alle altre vie d’accesso al Giudice costituzionale e in specie al processo in via principale, piuttosto fuorviante. A me sembra, in particolare, che la recente riforma confermi una tendenza ben nota e sperimentata secondo la quale le *Norme integrative* si muovono prevalentemente su terreni già battuti, in vista del consolidamento e/o della razionalizzazione di risultati per lo più acquisiti dalla giurisprudenza costituzionale o comunque “metabolizzati” dalla Corte.

2. Come detto, con riguardo alla via incidentale possono senz’altro essere registrati alcuni interventi rilevanti, anche se non sorprendenti. Innanzi tutto, la previsione contenuta nell’art. 4, comma 7, ai sensi della quale “nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio”, positivizza, sulla scia di alcune modifiche già intervenute nel 2004, una giurisprudenza costituzionale che da anni ammette l’intervento di terzi portatori di un interesse “diretto”, “individualizzato” e “riconoscibile”, sul quale l’esito del giudizio di costituzionalità sia “destinato ad incidere”⁴.

E anche le previsioni riguardanti sia la possibilità per l’interveniente di accedere agli atti processuali (art. 4-*bis*) sia, per la Corte, di ascoltare degli “esperti di chiara fama” (art. 14-*bis*) devono essere per lo più apprezzate come opportune razionalizzazioni: la prima si sostanzia in una formalizzazione di quanto anticipato da [una circolare del Presidente Lattanzi dello scorso 21 novembre 2018](#), la seconda pare implicitamente volta, precisandone la latitudine, a valorizzare i poteri istruttori di cui la Corte è da tempo dotata ai sensi dell’art. 12 delle stesse *Norme integrative* (“La Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni ...”).

Appare senz’altro di maggiore portata innovativa, e per questo anche più problematica⁵, l’apertura sugli *amici curiae*, in un certo senso anticipata nel corso di un Seminario organizzato a Palazzo della

*Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.

¹ Il presente lavoro costituisce una rielaborazione di un intervento tenuto nell’ambito del *Forum* sulla riforma delle *Norme integrative* (in corso di pubblicazione sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale*).

² Delibera 8 gennaio 2020, pubblicata in *G.U.* n. 17 del 22 gennaio 2020.

³ In argomento, tra gli altri, cfr. M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2020, 402ss., P. RIDOLA, *La Corte apre all’ascolto della società civile*, in [Federalismi.it](#) 22.01.2020, 4ss., A. M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in [Diritti Comparati](#), 23.01.2020, M. C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, G. L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020* e C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, questi ultimi in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2020, risp. 6ss., 89ss. e 193ss.

⁴Tale lettura è stata espressamente confermata dalla recente [ord. n. 37/2020](#), secondo la quale la novella “recepisce la costante giurisprudenza di questa Corte in merito all’ammissibilità dell’intervento nei giudizi in via incidentale di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo*, dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Presidente della Giunta regionale”. In argomento, per tutti, cfr. E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, 120ss.

⁵ Cfr. M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, cit., 403ss.

Sull’istituto dell’*amicus curiae* si veda, di recente, P. COSTANZO, [Brevi osservazioni sull’amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana](#), e T. GROPPI, [Interventi di terzi e amici curiae. Dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia](#), in questa [Rivista](#), 2019/I; rispettivamente, 123 ss. e 120 e ss..

Consulta il 18 dicembre 2018⁶. Si tratta, com'è noto, del nuovo art. 4-ter, laddove si prevede che, entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione, "le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta". Appare difficile prevedere oggi quali potranno essere le ricadute effettive sul processo costituzionale di tale previsione, che più delle altre pare espressione del nuovo corso della Corte costituzionale, caratterizzato dalla volontà di sperimentare strumenti utili a rafforzarne il radicamento nella società civile⁷.

3. Tuttavia, come anticipato, spostandoci dalla prospettiva del giudizio in via d'azione - le cui decisioni, facendo una media del triennio 2017-2019, rappresentano circa il 35% del totale delle pronunce rese complessivamente dalla Corte⁸ - la riforma delle Norme integrative appare in una luce diversa.

Entra qui in gioco l'art. 23, ove ora si prevede che "nei giudizi regolati nel presente capo si applicano gli articoli 4, commi da 1 a 6, 4-bis, 4-ter, 5, 6, 7, 8, 9, commi 2, 3 e 4, e da 10 a 17". Nella sostanza, tutte le novità previste nel Capo dedicato ai giudizi in via incidentale vengono applicate anche ai processi in via d'azione, con una sola rilevante eccezione riguardante la possibilità di intervento dei titolari di un interesse qualificato.

E' ovvio che la formula contenuta nell'art. 4, comma 7, non richiamata dall'art. 23, è precisamente ritagliata sul giudizio in via incidentale (si parla di interesse "inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio")⁹ e, infatti, essa è espressamente riservata a tale via d'accesso; e tuttavia appare rilevante che la Corte, nell'esercizio del suo potere di auto-normazione, non abbia inteso prevedere una formula analoga riguardante gli interessi qualificati degli aspiranti intervenienti nel giudizio in via d'azione. Si tratta, evidentemente, di una scelta ponderata, che tuttavia, soprattutto alla luce del dibattito degli ultimi anni, ha l'effetto di ridimensionare la portata della riforma.

E' noto che, da sempre, la Corte ritiene che il processo in via principale si configuri come un giudizio "a parti esclusive", non ammettendo interventi di soggetti diversi dal ricorrente e dal resistente, e ciò sia nel caso di istanza presentata da un soggetto istituzionale (come, ad esempio, altre regioni o enti locali) sia di richiesta pervenuta da parte di un soggetto privato.

Le formule utilizzate dal Giudice costituzionale sono ormai assolutamente consolidate: a) a fronte di una richiesta di intervento in giudizio di un'altra regione, essa, per lo più allo scopo di scongiurare un'elusione del termine perentorio di impugnazione di cui all'art. 127 Cost., è solita ricordare che "nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale non è ammessa la presenza di soggetti diversi dalla parte ricorrente e dal titolare della potestà legislativa il cui atto è oggetto di contestazione" (tra le altre, v. [sent. n. 219/2013](#)); b) nei casi, invece, di istanze presentate da altri soggetti (associazioni, enti locali, ecc.), il Giudice delle leggi solitamente precisa che "il giudizio di legittimità costituzionale in via principale si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l'intervento di soggetti che ne siano privi, fermi restando per costoro, ove ne ricorrano i presupposti, gli altri mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili" (tra le tante, v. le [sentt. nn. 98, 157 e 170/2017](#), [5](#) e [140/2018](#), e [213/2019](#)).

Ora, soprattutto all'indomani della riforma costituzionale del Titolo V, Parte II, della Costituzione, una gran parte della dottrina, auspicandone il superamento, ha ritenuto tale indirizzo eccessivamente

⁶ Dal titolo *Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre Corti nazionali e sovranazionali*.

⁷ Si pensi, a titolo d'esempio, alla prassi dei comunicati stampa, sulla quale, tra gli altri, cfr. P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, in G.L. CONTI e P. MILAZZO (a cura di), *La crisi del Parlamento nelle regole sulla sua percezione*, Pisa, 2017, spec. 109 ss.

⁸ Cfr. F. DAL CANTO-E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, in corso di pubblicazione per l'editore Giappichelli.

⁹ G. L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile*, cit., 97.

rigido con riguardo al possibile intervento di altre regioni, di enti locali o di soggetti privati potenzialmente colpiti dalla decisione¹⁰.

Per quanto riguarda le regioni terze, esse possono vantare un interesse a intervenire in giudizio nel caso in cui risultino impugnate, alternativamente, una legge statale potenzialmente lesiva anche delle proprie competenze oppure una legge regionale di contenuto identico o analogo ad una propria legge. L'ostacolo principale, come detto, è stato tradizionalmente individuato dalla Corte nei termini perentori d'impugnazione di cui all'art. 127 Cost., che la regione interveniente potrebbe di fatto eludere; ma si tratta di un rilievo in linea di principio superabile tenuto conto che l'intervento in giudizio non comporta un'estensione del *thema decidendum*¹¹, dovendosi la regione interveniente limitare a addurre argomenti esclusivamente nei limiti delle censure già avanzate nel ricorso originario.

Da ultimo può citarsi la [sent. n. 219/2013](#), con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile l'intervento della Regione Molise in un giudizio promosso dalla Regione Emilia-Romagna, posto che "nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale non è ammessa la presenza di soggetti diversi dalla parte ricorrente e dal titolare della potestà legislativa il cui atto è oggetto di contestazione".

Sul fronte degli enti locali, la prospettiva di consentire il loro intervento in giudizio si collega strettamente al mancato riconoscimento nei loro confronti di strumenti di garanzia idonei a tutelare le attribuzioni loro riservate dalla Costituzione all'indomani della riforma del 2001; non possono dirsi infatti a tale scopo sufficienti - e per questo raramente praticate - le soluzioni contemplate nell'art. 9 della legge n. 131/2003 (che ha modificato gli artt. 31 e 32 della legge n. 87/1953), laddove si prevede che il ricorso avverso una legge statale possa essere approvato dalla Giunta regionale "anche su proposta del Consiglio delle autonomie locali" e il ricorso avverso una legge regionale possa essere approvato dal Governo "anche su proposta della Conferenza Stato-città e autonomie locali".

La Corte ha ribadito il suo indirizzo intransigente anche in occasioni nelle quali appariva del tutto evidente l'incisione arrecata dal legislatore statale alle prerogative costituzionali degli enti locali.

È il caso, ad esempio, della [sent. n. 220/2013](#), ove la Corte, decidendo un ricorso promosso da numerose regioni avverso il d.l. n. 95/2012, recante il primo complessivo riordino delle province, ha dichiarato inammissibili, con ordinanza allegata alla sentenza, gli interventi spiegati dall'Unione delle Province d'Italia e dalle Province di Avellino, Isernia, Latina, Frosinone e Viterbo nonché dal comune di Mantova; dopo aver ancora una volta ricordato che il giudizio di costituzionalità delle leggi "si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa", il Giudice delle leggi ha precisato che "le Regioni sono legittimate a denunciare la legge statale anche per la lesione delle attribuzioni degli enti locali, indipendentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale".

Circostanza, quest'ultima, che per inciso avviene con relativa frequenza: anche di recente, infatti, la Corte ha ricordato che "la stretta connessione tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali" ([sent. 195/2019](#); in senso analogo, cfr. anche le [sentt. nn. 261/2017](#), [17/2018](#) e [194/2019](#)).

Dal canto loro, regioni ed enti locali sembrano aver da tempo rinunciato anche al solo tentativo di presentare richieste di intervento, se è vero, salvo errori, che gli ultimi episodi vanno fatti risalire alle citate pronunce del 2013.

Al contrario, malgrado siano destinati alla medesima sorte, i tentativi di intervento dei soggetti privati nel giudizio in via principale rimangono tuttora piuttosto numerosi. Se nessuno dubita che la definizione dei confini tra la sovranità statale e gli ambiti di competenza delle autonomie regionali tende sempre più frequentemente a ridondare in questioni attinenti alla garanzia di diritti fondamentali, e dunque a favorire il delinearsi di interessi "qualificati" ad intervenire in giudizio, è

¹⁰ Cfr., per tutti, M. D'AMICO, *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in R. BALDUZZI-P. COSTANZO, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 248ss.

¹¹ Cfr. MALFATTI-PANIZZA-ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 186.

probabile che giochi in tali circostanze sia un'esigenza di visibilità dei soggetti privati che chiedono di partecipare al processo sia un atteggiamento pratico. E' vero, infatti, che, malgrado gli interventi siano sempre dichiarati inammissibili, gli argomenti sostenuti dai proponenti fanno sovente ingresso nel processo e di essi, sebbene non espressamente, si tiene conto; non solo gli atti di intervento vengono depositati e, probabilmente, letti almeno dal giudice relatore, ma in numerose occasioni l'avvocato del soggetto interveniente viene udito in udienza e chiamato ad esporre le ragioni a sostegno dell'ammissibilità dell'intervento; ragioni che non raramente trascinano nel merito della questione di costituzionalità.

La Corte dichiara l'inammissibilità dell'intervento con formule alternative, senza che siano comprensibili le ragioni per le quali talvolta si segue una soluzione e talvolta se ne segue un'altra¹². In alcuni casi, infatti, l'inammissibilità viene sancita con ordinanza separata, pronunciata in udienza e allegata al testo della sentenza ([sentt. nn. 5 e 81/2018](#)); in altri, invece, dell'inammissibilità si dà conto soltanto nella sentenza conclusiva ([sentt. nn. 157 e 170/2017](#), e [140/2018](#)).

Curiosa, per inciso, la vicenda definita con [sent. n. 5/2018](#), in materia di vaccinazioni obbligatorie, ove la Corte ha dichiarato inammissibili gli interventi di alcune associazioni che, al fine di giustificare la propria istanza, avevano citato alcuni casi in cui la Corte aveva aperto il contraddittorio, tuttavia verificatisi in altri tipi di giudizio; casi che, sbrigativamente, il Giudice costituzionale si limita a ritenere "non pertinenti nel caso odierno".

4. Come detto, la riforma delle Norme integrative non tocca la questione dell'allargamento del contraddittorio nel giudizio in via principale. Dunque, in linea di principio la stessa rimane impregiudicata, fermo restando l'art. 4, comma 6, ai sensi del quale "la Corte decide sull'ammissibilità degli interventi". Vero è, peraltro, che la scelta di non aver previsto per tale via d'accesso una formula analoga a quella introdotta per il giudizio in via incidentale non lascia ben sperare.

A conferma di tale scetticismo può richiamarsi la recente [sent. n. 56/2020](#).

La Regione Calabria aveva promosso questioni di legittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute nel decreto-legge n. 135/2018, recante Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione, convertito, con modificazioni, nella legge n. 12/2019; in particolare, le disposizioni impugnate avevano introdotto un nuovo regime dell'attività di noleggio con conducente. A tale proposito, avevano chiesto di intervenire in giudizio numerosi soggetti privati, variamente interessati all'esito dello stesso; la Corte, dopo aver udito in udienza pubblica alcuni dei legali dei soggetti privati intervenienti, ribadisce in motivazione quanto stabilito con ordinanza separata, letta in udienza e allegata alla decisione.

È utile riprodurre tale ordinanza pressoché letteralmente: "visti gli atti relativi al giudizio di legittimità costituzionale [...]; rilevato che nel giudizio sono intervenuti, *ad adiuvandum*, con atto depositato il 5 giugno 2019, la Associazione EFFE SERVIZI e la CRONO Service società cooperativa, nonché, *ad opponendum*, con atto depositato il 1° luglio 2019, la Federazione Nazionale UGL Taxi, l'Associazione Tutela Legale Taxi, la Federazione Taxi CISAL Provinciale Roma, la A.T.I. Taxi, la TAM-Tassisti Artigiani Milanesi, la ANAR-Associazione Nazionale Autonoleggiatori Riuniti, il TAXIBLU-Consorzio Radiotaxi Satellitare società cooperativa e i rispettivi rappresentanti legali [...]; considerato che le associazioni intervenienti si qualificano come rappresentanti degli interessi di categoria degli operatori del servizio di taxi e del servizio di noleggio con conducente, mentre le società e le persone fisiche sono intervenute quali soggetti esercenti tali servizi, portatori, dunque, di interessi individuali; che, secondo il costante orientamento di questa Corte, il giudizio di legittimità costituzionale in via principale si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l'intervento di soggetti che ne siano privi, fermi restando per costoro, ove

¹² Confermandosi peraltro una prassi seguita da tempo; cfr. F. DAL CANTO-E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 228.

ne ricorrano i presupposti, gli altri mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili [...]; che tale orientamento va tenuto fermo anche a seguito delle modifiche delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale apportate con la delibera di questa Corte 8 gennaio 2020 [...] non incidendo esse sui requisiti di ammissibilità degli interventi nei giudizi in via principale; che gli interventi vanno pertanto dichiarati inammissibili”.

Come si vede, dalla lettura della decisione si traggono due conferme rilevanti: a) in primo luogo, per la stessa Corte la riforma delle Norme integrative non ha inciso in alcun modo sulle prospettive di apertura del contraddittorio nel giudizio in via principale; b) in secondo luogo, non pare destinata a mutare la prassi secondo cui gli argomenti fatti valere dai soggetti intervenienti, siano essi rappresentanti di interessi di categoria oppure portatori di interessi individuali direttamente collegati all’esito della questione, non sono del tutto ignorati nel giudizio, facendo gli stessi evidentemente capolino sia nell’atto di intervento, depositato formalmente, sia nella relazione orale svolta in udienza da parte dei legali rappresentanti.

5. Alla luce di tale disarmonia - intervenienti non ammessi ma informalmente ascoltati - aumenta il rammarico per l’occasione mancata con la riforma delle *Norme integrative*, che forse non dipende tanto dalla volontà di non aprire il contraddittorio ai soggetti privati ma dal timore di dover mettere in discussione anche la più delicata questione dell’intervento nel giudizio delle altre regioni e degli enti locali.

Certamente rimane agli aspiranti intervenienti, sia pubblici sia privati, la possibilità di fare ingresso nel giudizio in qualità di *amici curiae*, ai sensi del citato art. 4-ter - applicabile anche al giudizio in via d’azione - almeno nel caso in cui essi si qualificano come “formazioni sociali senza scopo di lucro” o come “soggetti istituzionali”, comunque “portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità”.

E tuttavia, appare questa una sorta di soluzione “di ripiego”, atteso che gli *amici curiae* non divengono parti del giudizio né risultano titolari di alcuna prerogativa ad eccezione della possibilità di presentare una breve memoria scritta.

A tale proposito, non ci sarebbe da stupirsi se in futuro i soggetti interessati a partecipare al giudizio in via principale utilizzassero sia la vecchia soluzione del tentativo di intervento, per vedersi respinti ma di fatto ascoltati, sia la nuova via aperta dall’art. 4-ter, divenuta quella maestra ma non necessariamente la più conveniente.

Alessandro Rosario Rizza
L'ordinanza n. 84 del 2020 della Corte costituzionale:
note processuali su una pronuncia di altri tempi*

ABSTRACT: *The conflict of powers features some critical aspects. One of these is the legal standing. The Author analyzes this current issue in a recent decision, identifying two problematic profiles.*

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale: il conflitto tra giudice dell'esecuzione ed Agenzia del Demanio. – 2. La «legittimazione» attiva del giudice ed il «suggerimento» della via incidentale. – 3. La legittimazione passiva dell'Agenzia del Demanio, la (non) integrazione del parametro ed il «tono costituzionale».

1. La vicenda processuale: il conflitto tra giudice dell'esecuzione ed Agenzia del Demanio.

Gli anni passano, ma i problemi sul conflitto tra poteri dello Stato restano gli stessi¹, e attengono, soprattutto, agli aspetti del cosiddetto «diritto processuale costituzionale»².

È trascorso del tempo quando Pasquale Costanzo, insieme a Federico Sorrentino, auspicavano, in una inedita prospettiva comparata, la stesura di un catalogo di soggetti dotati di legittimazione in sede di conflitto³. Nonostante la tesi si sia scontrata con opinioni inverse⁴, le preoccupazioni, ad essa sottese, rivivono nella pronuncia in commento⁵, riaprendo, senza mezze misure, l'annosa questione.

Nel presente scritto, senza dilungarsi in questioni troppo note, ed accogliendo un'ottica quanto più settoriale, come richiede la dottrina⁶, si mettono in luce alcuni profili critici dell'ordinanza in commento.

Il fatto da cui origina la vicenda è piuttosto semplice: il Tribunale della Spezia, in qualità di giudice dell'esecuzione, sollevava un conflitto tra poteri dello Stato, avverso l'avviso dell'Agenzia del Demanio, con cui era stata disposta la vendita di alcuni beni societari pignorati e, successivamente, attinti alla confisca con un provvedimento del Giudice per le Indagini Preliminari⁷.

Senonché, gli stessi beni, già fuoriusciti dal patrimonio dell'esecutata, erano stati acquisiti, con provvedimento anteriormente trascritto, da una società cooperativa terza, in qualità di creditore⁸, che

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996, 2, osserva che la Corte «anziché consolidare i tratti della teoria dei conflitti costruiti con tanta difficoltà in sede scientifica, sembra non voler perdere l'occasione di sconvolgerli. Sicché oggi ci troviamo senza una definizione soddisfacente e minimamente stabile di anche uno solo dei termini chiave del giudizio sui conflitti».

² Come noto, l'espressione è di G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?* in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano 1990, 105.

³ P. COSTANZO, F. SORRENTINO, *Inchiesta parlamentare e conflitto tra poteri*, in *St. parl. pol. cost.*, 1977, 19. Secondo gli Autori, spetterebbe al legislativo «il compito specifico d'indicare a quale organo dei diversi poteri spetti la legittimazione attiva e passiva nei conflitti, quale organo, cioè, sia in grado di impegnare l'intero complesso nel conflitto».

⁴ R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., *passim*.

⁵ [Corte cost., 24 aprile 2020, n. 84](#).

⁶ Sulla necessità di un simile approccio, P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano 1999, 274.

⁷ Il ricorrente «denuncia, pertanto, che la vendita secondo modalità e forme estranee alla procedura esecutiva da parte dell'Agenzia del demanio dei beni confiscati (coincidenti con quelli già pignorati ed oggetto della procedura esecutiva) costituisce lesione delle prerogative costituzionali del potere giudiziario come esercitate dal giudice dell'esecuzione presso il Tribunale della Spezia».

⁸ Più nel dettaglio, si osserva che «ad avviso del ricorrente, l'anteriorità della trascrizione determinerebbe la prevalenza degli effetti del pignoramento su quelli della confisca dei beni sequestrati, disposta dal Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Bolzano».

– però – si sarebbe vista lesa il proprio diritto creditizio, in forza dell'atto di vendita posto in essere dall'Agenzia demaniale.

Il ricorrente chiedeva che «la vendita degli immobili e la distribuzione del ricavato tra i creditori» spettasse al giudice dell'esecuzione, e non all'Agenzia del Demanio, «con annullamento dell'avviso di vendita pubblicato» e «degli atti ad esso conseguenti»⁹.

2. La «legittimazione» attiva del giudice ed il «suggerimento» della via incidentale.

La Corte, almeno «astrattamente»¹⁰, ammette la legittimazione del giudice dell'esecuzione a sollevare il conflitto¹¹, coerentemente al crollo del giudiziario quale struttura monolitica, e all'imporsi della magistratura quale potere diffuso¹².

Senonché, si tratta, ancora una volta, di una apertura virtuale: la Corte esclude, nella parte conclusiva del provvedimento, di poter valutare «a monte» la conformità dell'atto impugnato alle disposizioni costituzionali, quali gli articoli 3, 24 o 111 della Costituzione¹³, «suggerendo»¹⁴ al giudice di accedere alla Corte attraverso la via incidentale.

L'approdo, sul punto, non convince: nonostante la negativa presa di posizione della Corte¹⁵, non esisterebbe una differenza ontologica tra annullamento di un atto in sede di conflitto e suo annullamento in via incidentale¹⁶. Ciò in quanto, in letteratura, si è messo in luce come, in sede di conflitto, la Corte tenda a valutare, sebbene *de facto*, anche la conformità a costituzione dell'oggetto del giudizio¹⁷; talvolta giungendo a sollevare, d'ufficio, una questione di legittimità costituzionale della normativa «di fondamento» dell'atto oggetto del conflitto¹⁸.

Nella [decisione](#) assunta, emerge tutta la difficoltà della Corte, già illustrata adeguatamente in dottrina, di sapere conciliare conflitto e *quaestio*¹⁹: la legittimazione del giudice si trasforma, così, in una «legittimazione astratta», perché egli non può sollevare un conflitto tra poteri dello Stato, laddove, scrive la Consulta, «disponga di una sede giudiziale nella quale sollevare la medesima questione in via incidentale»²⁰.

⁹ Secondo il ricorrente, infatti, «l'esecuzione per espropriazione immobiliare dovrebbe procedere e lo Stato dovrebbe far valere il diritto di proprietà, ad esso derivante dalla sopravvenuta confisca, innanzi al giudice dell'esecuzione civile, nelle forme ordinarie dell'opposizione di terzo».

¹⁰ L'espressione è presa in prestito da 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*, 2019/I, 71 ss.

¹¹ La Corte osserva che, quanto ai requisiti soggettivi, «non è dubitabile la legittimazione attiva del Tribunale della Spezia ad essere parte di un conflitto tra poteri dello Stato, quale organo giurisdizionale, in posizione di indipendenza costituzionalmente garantita, competente a dichiarare in via definitiva, nell'esercizio delle funzioni ad esso attribuite, la volontà del potere cui appartiene».

¹² Per tutte, cfr. [Corte cost., 17 luglio 1975, n. 228](#).

¹³ La Corte ritiene che «un'eventuale questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative "a monte" dell'atto impugnato, come quella prospettata dal Tribunale ricorrente in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., non potrebbe essere veicolata da un conflitto di attribuzione, atteso il carattere residuale di questo strumento di legalità costituzionale».

¹⁴ Su questa «tecnica», cfr., per tutte, [Corte cost., 18 luglio 1997, n. 278](#), con nota di P. VERONESI, *Conflitto o quaestio? I giudici e la legge che viola la loro competenza*, in *Giur. cost.*, 1997, 2550.

¹⁵ Cfr. le conclusioni cui giunge [Corte cost., 17 maggio 2001, n. 139](#), con nota di F. BERTOLINI, *Eccesso di delega nel conflitto su atto legislativo: estensione del modello o figura tipica?*, in *Giur. cost.*, 2001, 1132.

¹⁶ Così, S.M. CICONETTI, *L'esclusione della legge dal giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato in una discutibile sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, 1874.

¹⁷ In dottrina, in questo senso, G.M. SALERNO, *I profili soggettivi nei conflitti di attribuzione relativi alla par condicio*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano 1997, 37; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 164, nt. 7; P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano 1999, 159.

¹⁸ Cfr. [Corte cost., 17 maggio 1978, n. 68](#), con nota di V. CRISAFULLI, *Osservazione*, in *Giur. cost.*, 1978, 626.

¹⁹ Così E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale 1994-1996*, Torino 1997, spec. 311 ss.

²⁰ [Corte cost., 24 aprile 2020, n. 84](#), cit.

Su questa conclusione, si possono svolgere due osservazioni:

a) Sul requisito della cosiddetta «incidentalità»²¹, secondo cui il conflitto è esperibile laddove l'ordinamento non preveda diversi rimedi processuali²², la Corte, con questa [decisione](#), ne ha accolto una visione particolarmente restrittiva, perché ha affermato che il conflitto resta precluso se «esiste» la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, mentre, in altre circostanze, la Corte, adottando una visione più «morbida», aveva ritenuto ammissibile il conflitto laddove la proposizione della *quaestio* si sarebbe rivelata difficoltosa²³, giungendo, persino, ad immaginare, talvolta, una piana equiparazione tra i due giudizi²⁴.

b) Conseguentemente, la Corte avrebbe privato il giudice di una legittimazione attiva «sostanziale», perché, da un lato, afferma che egli può sollevare il conflitto, dall'altro, però, ritiene che, se «esiste» la possibilità di ottenere l'annullamento dell'atto sollevando una questione di legittimità costituzionale, il conflitto non può esperirsi, ergo i giudici sono letteralmente sprovvisti della possibilità di impugnare un atto, in sede di conflitto, domandandone, ad esempio, un vaglio di legittimità costituzionale sulla normativa su cui l'oggetto del giudizio si fonda²⁵.

La Corte, così, ha perso un'occasione per fare chiarezza sul rapporto tra i due giudizi, riconfermando quella che è stata già definita una «inutile complicazione formalistica»²⁶ o, da altri, una «illogicità giuridica»²⁷, perché «sembra inutile pretendere l'instaurazione di un giudizio al solo fine di sollevare incidentalmente la questione di legittimità costituzionale»²⁸.

3. La legittimazione passiva dell'Agenzia del Demanio, la (non) integrazione del parametro ed il «tono costituzionale».

Anche le conclusioni, cui giunge la Corte sulla legittimazione passiva dell'Agenzia del Demanio, suscitano perplessità. Innanzitutto, il giudice dei conflitti non ritiene invocabile un suo precedente, in cui aveva ammesso la legittimazione passiva dell'Agenzia, sebbene nel giudizio tra Stato e Regioni²⁹.

²¹ Per una più ampia trattazione sulle sfumature del requisito nella giurisprudenza costituzionale cfr. A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2005*, Torino 2001, spec. 86. Secondo l'A. la «residualità» può assumere quattro sfumature: a) È tale quando l'ordinamento giuridico non offre ulteriori strumenti; b) Il conflitto è residuale solo a seguito dell'esperienza negativa di altri strumenti processuali; c) Residualità intesa come difficile proposizione di altri giudizi; d) Quando, nel singolo caso prospettato, non è esperibile un diverso rimedio.

²² L'insegnamento risale, come noto, a C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1970, spec. 1039.

²³ In questo senso, per tutte, cfr. [Corte cost., 15 luglio 2005, n. 284](#), con nota di R. BONANNI, *Conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato: quali limiti all'impugnazione della legge?*, in *Giur. cost.*, 2005, 2771, in cui si osserva che «il CSM, nel corso di uno dei giudizi comuni che possono essere attivati dagli interessati a seguito dell'adozione, da parte dello stesso CSM, dei provvedimenti regolati dalle norme de quibus, o comunque a seguito dell'inerzia serbata su istanze tendenti alla emanazione di tali provvedimenti, dispone della possibilità di eccepire, in via incidentale, l'illegittimità costituzionale delle norme legislative presentate in questa sede (...) la possibilità che le disposizioni contestate siano scrutinate in via incidentale nel corso di simili giudizi, nei quali il Consiglio superiore può far valere le proprie ragioni, comporta, pertanto, la dichiarazione d'inammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzione».

²⁴ Cfr. per esempio [Corte cost. 18 luglio 1997, n. 278](#), cit., secondo cui, quando si ricade «in casi eccezionali di situazioni non più reversibili né sanabili e in vista della tempestività della garanzia costituzionale di diritti fondamentali, il conflitto di attribuzione [può] affiancarsi al sindacato incidentale».

²⁵ Per questo profilo di criticità: P. VERONESI, *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri. Profili soggettivi e oggettivi*, in E. BINDI, M. PERINI (a cura di), *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, Milano 2003, 25.

²⁶ V. ONIDA, *Legittimazione della Corte dei Conti limitata "per parametro" o conflitto di attribuzioni?* in *Giur. cost.*, 1991, 4168 ss.

²⁷ A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano 1992, 354.

²⁸ Così, P. VERONESI, *I poteri*, cit., 171, nt. 53.

²⁹ Cfr. [Corte cost., 1 febbraio 2006, n. 31](#), con nota di C. CORAGGIO, *Conflitto tra Stato e Regioni in materia di demanio idrico: la Corte annulla una circolare dell'Agenzia del demanio per violazione del principio di leale collaborazione*, in *Giur. it.*, 2007, 51.

La Corte esclude un'analogia fra i due casi sulla base della considerazione, ritenuta assorbente, secondo cui, all'epoca, l'atto, da cui era sorto il conflitto, si collocava in una posizione giuridica intermedia tra la competenza riservata allo Stato e quella spettante alla Regione³⁰.

Tuttavia, il nesso non è chiaro: la Corte, attraverso una considerazione di natura sostanziale (le problematiche connesse all'atto oggetto del giudizio), deduce una conclusione di diritto processuale: la carenza della legittimazione passiva dell'organo.

In letteratura, si è messo in luce, infatti, come gli approdi, in tema di legittimazione processuale, avuti nel conflitto intersoggettivo, siano esportabili anche in quello interorganico³¹. La legittimazione, indifferentemente in quale sede conflittuale ottenuta, rappresenterebbe, come si è scritto, una «patente»³², una sorta di lascia passare per i futuri conflitti. Ed in fondo, l'attribuzione costituzionale, nell'una o nell'altra sede, resta la stessa. Su quest'ultimo aspetto, la Corte nega che l'attribuzione possa fondarsi sulla legislazione ordinaria³³, escludendo la legittimazione passiva dell'Agenzia del Demanio sulla considerazione che il giudice non ne abbia indicato i «picchetti costituzionali»³⁴ di riferimento³⁵. Questo profilo desta ulteriori sospetti.

Anche la legge ordinaria, può, infatti, fondare l'attribuzione costituzionale³⁶, senza obbligo per il ricorrente di individuare una disposizione formalmente costituzionale.

Il che, oltre a fondarsi su una interpretazione letterale dell'art. 37 della l. n. 87 del 1953³⁷, troverebbe conferma nel costante orientamento dello stesso giudice dei conflitti, che, talvolta, ha ricostruito l'attribuzione esclusivamente sulla normativa ordinaria, ponendo in secondo piano le disposizioni costituzionali, come quando ha regolato i rapporti tra Ministro Guardasigilli e Consiglio Superiore della Magistratura³⁸, quando ha riconosciuto la legittimazione della Sezione Disciplinare di quest'ultimo³⁹, o quando ha individuato, in capo al Presidente del Consiglio, il potere di secretare gli atti, ove le norme costituzionali non erano il fondamento dell'attribuzione, ma solo il fine giustificativo⁴⁰.

³⁰ In quel caso, ha osservato la Corte nella pronuncia in commento, «l'impugnata circolare della Direzione generale dell'Agenzia del demanio si pone[va] sul confine tra le sfere di competenza statale e regionale in materia di governo del territorio, in quanto incide[va] contemporaneamente sulla gestione e sulla disponibilità di beni demaniali destinati a soddisfare interessi pubblici delle comunità amministrative, nel quadro dei principi fondamentali posti a tutela dell'intera collettività nazionale».

³¹ Cfr., sebbene in tema di sindacabilità dell'atto legislativo, R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto "partito" tra enti ed "arrivato" tra poteri (il conflitto tra lo Stato e la Regione avente ad oggetto un atto giurisdizionale)*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova 1995, 594.

³² Così N. OCCHIOCUPO, *"Teologia dei corpi separati" e partecipazione di troppo ad un conflitto di attribuzione tra organi supremi*, in *Giur. cost.*, 1980, 1423.

³³ Nella caso di specie, l'attribuzione era stata ricostruita «ai sensi dell'art. 65, comma 1, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 (Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59) come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera i), numero 1), del decreto legislativo 3 luglio 2003, n. 173 (Riorganizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze e delle agenzie fiscali, a norma dell'articolo 1 della legge 6 luglio 2002, n. 137)», secondo la cui normativa, «all'Agenzia del demanio, insieme all'amministrazione dei beni immobili dello Stato, è altresì attribuita la gestione dei beni confiscati».

³⁴ L'espressione è spesso usata da R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., *passim*.

³⁵ La Corte ha, infatti, osservato «che, in particolare, il ricorrente si limita a denunciare l'illegittimità del detto avviso di vendita senza prospettare in esso l'esercizio di un potere radicalmente diverso da quello di legge».

³⁶ R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti*, cit., 299, osserva che, ormai, «è evidente come si sia capovolto il piano di indagine della Corte nell'individuazione del parametro del conflitto: anziché partire dalla Costituzione, si è preso atto dell'esistenza di una disciplina di attuazione non irragionevole, e, muovendo da essa, si è arrivati a costruire il principio».

³⁷ Cfr. per qualche riflessione, anche critica, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano (la Corte costituzionale)*, Milano 2000, 435-436.

³⁸ [Corte cost., 27 luglio 1992, n. 379](#), con nota di G. DE CAROLIS, *Intervento al convegno 27 ottobre 1992 su "il ruolo del C.S.M.: esperienze e prospettive"*, in *Giur. cost.*, 1992, 3866.

³⁹ [Corte cost., 24 giugno 2002, n. 270](#), con nota di F. LOY, *L'autonomia della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura: applicazioni in tema di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Giust. civ.*, 2002, 2719.

⁴⁰ Esemplificativa, in tal senso, [Corte cost., 13 febbraio 2014, n. 24](#), con nota di A. PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato: una coesistenza problematica*, in *Giur. cost.*, 2015, 1719.

Insomma, ad oggi, in una democrazia contemporanea che non è mai statica, ma sempre in movimento, per ricordare Eric Weil⁴¹, l'attribuzione non necessita, per essere tale, di un richiamo formale alla Costituzione, essendosi ormai verificata una «ascesa di rango» nella costruzione del parametro⁴²: la Corte, ormai, «assume la norma legislativa come parametro nei conflitti»⁴³; l'espressione «integrazione del parametro», per Alessandro Pace, è ormai una formula «riduttiva»⁴⁴, dato che la legge, più che integrare la Costituzione, è spesso il reale fondamento dell'attribuzione: il filo che lega il potere alla Costituzione formale è, scrive Roberto Bin, troppo tenue per reggere «il carico»⁴⁵.

La Corte ha messo, per la prima volta, nero su bianco, gli interrogativi che la dottrina si faceva già da molto tempo: ci si domandava quale funzione avesse, allora, il richiamo alla disposizione costituzionale, se, in realtà, il potere si ricostruisce essenzialmente partendo dalla fonte primaria⁴⁶.

La Corte precisa il punto nell'odierna ordinanza: la completa assenza di un riferimento alla Costituzione formale rischierebbe di compromettere il «tono costituzionale» del conflitto⁴⁷.

La pronuncia non è condivisibile:

a) L'inammissibilità del giudizio è dipesa, dunque, dalla carenza di un requisito solo di forma (l'esternazione della disposizione costituzionale), insufficiente ad impedire un sindacato della Corte sull'esistenza dell'attribuzione dell'organo: la dottrina processualcivilistica invita, infatti, a valorizzare sempre più, nella concessione della tutela, la *causa petendi* rispetto al *petitum*⁴⁸, giacché una soluzione inversa, come nel caso odierno, rischierebbe di importare (e di fatto importa) una «intrinseca ingiustizia»⁴⁹.

Ben, infatti, la Corte avrebbe potuto individuare l'attribuzione costituzionale nelle fonti primarie indicate dal giudice, interpretandole come norme espressive di un potere, concesso all'esecutivo per mezzo dell'Agenzia del Demanio, volte a valorizzare la nuova funzione, privata e sociale, della proprietà confiscata, di illecita provenienza.

In fin dei conti, la dottrina pubblicistica ha ormai accolto, come detto, la possibilità di fondare l'attribuzione sulla legge ordinaria: quest'ultima può diventare parametro del conflitto, «mettendo in moto» il potere. Tant'è che i problemi vertono, oggi, sullo studio del rapporto che intercorre tra Costituzione e legge ordinaria, e non sulla possibilità che quest'ultima possa essere fonte attributiva di potere. In questo senso, la Consulta, più che fondare la sua decisione sull'assenza di un richiamo alla Costituzione formale, avrebbe potuto chiarire il legame tra fonte primaria e Costituzione. Basti pensare che, in assenza di precise coordinate giurisprudenziali, si sono sostenute, in letteratura, tesi spesso contrastanti: a titolo esemplificativo, può ricordarsi come taluno ha ritenuto invocabile la fonte

⁴¹ E. WEIL, *Limites de la démocratie*, in *Evidences*, 1950, 39.

⁴² Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 375. Sebbene l'Autore proponga, poi, una visione *sui generis* del fenomeno integrativo, secondo cui la legge ordinaria può fondare l'attribuzione costituzionale solo nel caso in cui essa realizzi l'unico modo, attraverso cui poter attuare la Costituzione; laddove, invece, la legge sia espressione di una tra le scelte discrezionali del legislatore, sebbene compatibile con il quadro costituzionale, essa non potrebbe validamente «integrare» il parametro.

⁴³ S. PARISI, *Parametro e oggetto nei conflitti di attribuzione*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2007, 84.

⁴⁴ A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno. Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano 1988, 165-166.

⁴⁵ R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 32-33.

⁴⁶ Secondo Roberto Bin, la Corte costituzionale, nella ricostruzione del parametro del giudizio, richiamerebbe la Costituzione formale solo per mantenere elevato il «tono del conflitto», e non perché le disposizioni in essa contenute siano il reale fondamento del potere (*rectius*, dell'attribuzione): cfr. R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., spec. 25-35, 125-131.

⁴⁷ Per la Corte, il ricorrente non avrebbe indicato «un'attribuzione direttamente riferibile a norme costituzionali; né una simile attribuzione provvista di "tono costituzionale" è configurabile, al contrario di quanto prospetta il ricorrente, in capo al potere esecutivo (...) sicché difetta, nella specie, il tono costituzionale del conflitto, in ragione dell'ontologica differenza tra atto meramente illegittimo e atto costituzionalmente invasivo».

⁴⁸ Così M. D'AMICO, *Alcune riflessioni in tema di conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni su atti giurisdizionali*, in *Giur. cost.*, 1990, 1797.

⁴⁹ Con riferimento alla problematica esposta in narrativa, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 73.

primaria laddove essa vada ad inverare una delle «funzioni pubbliche costituzionalmente rilevanti»⁵⁰. Altri Autori, invece, hanno ritenuto che la fonte primaria sia attributiva di potere quando realizza la «massima convergenza possibile» tra poteri dello Stato⁵¹ ovvero quando essa sia strumentale all'attuazione dei diritti fondamentali della persona, immaginandosi, ad esempio, che il potere delle Autorità amministrative indipendenti discenda dalle rispettive leggi istitutive, poste a garanzia dell'inveramento dei diritti costituzionali⁵².

b) La Corte, in secondo luogo, subordina l'operatività dell'istituto, concepito come «valvola di sicurezza» del sistema⁵³ e strumento di chiusura a tutela dei diritti fondamentali⁵⁴, all'importanza della controversia, alla natura istituzionale, ormai in crisi⁵⁵, dei suoi attori, al loro ruolo nelle dinamiche costituzionali.

⁵⁰ In questo senso v. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 709.

⁵¹ Prospetta questa idea S. PARISI, *Parametro*, cit., in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra*, cit., 86.

⁵² Cfr., per esempio, G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano 1997, spec. 494.

⁵³ G. PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche*, cit., 596.

⁵⁴ Per una riflessione tra pluralismo, tutela dei diritti e conflitto v. anche P. PINNA, *I conflitti di attribuzione*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra*, cit., 13-23.

⁵⁵ Inserendo il conflitto tra poteri dello Stato in una parabola storica, si possono osservare, con più chiarezza, i mutamenti e le evoluzioni del medesimo.

Inizialmente, nel sistema albertino, l'assenza di un conflitto tra poteri dello Stato si spiegava nella volontà di sottrarre, ad un controllo di tipo giurisdizionale, le dinamiche tra le più alte autorità statali: anzi, l'assenza di un conflitto inverava proprio la separazione dei poteri.

Tuttavia, con l'avvento del fascismo, l'assenza di un controllo giurisdizionale tra rapporti statali condusse, ben presto, proprio alla conseguenza opposta, e cioè all'assorbimento del legislativo e del giudiziario nell'esecutivo. In quel periodo, infatti, non si parlò più dell'esistenza di tre poteri, bensì di tre funzioni esercitate dall'unico potere «reale»: il Governo.

Successivamente, con l'avvento della Costituzione rigida, l'istituto mirò a ripristinare la garanzia della separazione, pur mirando alla realizzazione del sistema dei «pesi e contrappesi», realizzando un rapporto «armonico» ed «equilibrato» tra poteri dello Stato. Se questa finalità era riconnessa ancora alla natura istituzionale e solenne dei soggetti che potevano accedere al conflitto, il nuovo ruolo che ha assunto il conflitto ha mutato anche la natura delle sue parti processuali: da garanzia del sistema di «pesi e contrappesi», il conflitto, oggi, è strumentale alla realizzazione del «pluralismo», in un clima dove la funzione può essere «statale» anche se esercitata da organi esterni all'apparato dello Stato persona, e la stessa Corte costituzionale ha affermato – nella sua storica pronuncia con cui ha ammesso al conflitto il Comitato promotore del referendum – che, sebbene il termine «Stato» vada riferito primariamente agli organi del cosiddetto «Stato persona», ciò non esclude che esso possa riferirsi anche allo «Stato ordinamento» ed alla comunità civile, in un'ottica non molto distante da alcune riflessioni svolte anche in sede costituente (cfr. in tal senso G. CODACCI PISANELLI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico della Commissione per la Costituzione*, seduta del 28 novembre 1947).

Se muta la funzione dell'istituto, muta anche la natura dei soggetti, che possono aspirare ad ottenere una legittimazione in sede di conflitto. Esemplicativo, in questo senso, potrebbe essere la legittimazione del singolo parlamentare: sebbene la giurisprudenza sia di segno negativo, la Corte non ha escluso che, in non meglio chiarite circostanze, il parlamentare possa accedere al conflitto per fare valere la lesione delle sue attribuzioni ed in tale direzione muovono anche alcune riflessioni sul cittadino quale potere dello Stato.

Sebbene la Corte lo abbia escluso, in una pronuncia recente (cfr. [Corte cost., 6 marzo 2019, n. 39](#)), la Consulta – prendendo atto che nel caso di specie il cittadino era privo di uno strumento giuridico attraverso cui fare valere la lesione di un diritto fondamentale – ha operato una chiusura meno netta, laddove, in altre circostanze, aveva affermato che il cittadino non può mai assumere «in ogni caso» la qualifica di potere (cfr. per esempio [Corte cost., 7 aprile 2011, n. 121](#)). Mette in luce questa sfumatura P. LOGROSCINO, *La Corte costituzionale ancora sulla "impossibile" legittimazione del singolo cittadino al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (a margine dell'ordinanza 39/2019 della Corte costituzionale)*, in [Federalismi](#), 2019, 10.

Insomma, l'evolversi della democrazia può importare anche un ripensamento della nozione di potere statale: se nel passato, ad esempio, il tentativo del cittadino di adire la Corte, in sede di conflitto, era stato definito un esperimento «embrionale» (in tal senso, si possono ricordare le critiche opinioni di Vezio Crisafulli), oggi il problema si ripropone, con maggiore delicatezza, in un sistema, che mal tollera vuoti di tutela o zone franche.

Credo che possa essere interessante, a prescindere dalla chiusura della Corte costituzionale sul tema, domandarsi perché, innanzi ad una giurisprudenza consolidata, si verificano ancora tentativi, da parte del cittadino, di accedere, in casi eccezionali, al conflitto, tentativi che, negli anni recenti, si fanno sempre più frequenti.

La risposta mi pare possa ravvisarsi nel fatto che il conflitto, come tutti i giudizi e la democrazia stessa, evolve «dal basso», cioè recependo le aspirazioni sociali e collettive: la dottrina comparatistica ha già dimostrato come tali mutamenti si verificano con movimenti *bottom up* e, mai, *top down*. Per simili ragioni, la natura istituzionale dei soggetti legittimati

Questa zona d'ombra del conflitto, per richiamare una nota espressione⁵⁶, è, così, in rotta di collisione con le aspirazioni di un diritto processuale moderno, che non dispone di «nessun misuratore dell'importanza delle controversie», ed in cui «non v'è spazio per altre considerazioni (giuridicamente rilevanti, s'intende) sull'importanza, o sul tono del conflitto»⁵⁷.

a sollevare conflitto sembra destinata, comunque, a lasciare spazio ad un quadro più composito, ciò anche in assenza di una riforma costituzionale, rimettendosi il tutto alla capacità della Corte di dare risposte soddisfacenti ad istanze sempre più forti.

Per quest'ultimo profilo cfr. le riflessioni di M. BUSSANI, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Milano 2010, *passim*. Sul perché dell'assenza del conflitto, durante lo statuto albertino, di cui si è detto dianzi, cfr. S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino 1989, spec. 364; sull'erosione della tripartizione dei poteri in epoca fascista v. le riflessioni, dall'interno del regime, di S. FERRARI, *L'Italia fascista. Nozioni di cultura fascista*, Torino 1941, spec. 46; sul conflitto come strumento di garanzia dei «pesi e contrappesi», per tutti, v. la celebre tesi di M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Milano 1972, *passim*; sul nuovo ruolo che assume il conflitto nella democrazia contemporanea, come strumento per la realizzazione di pluralismo, convergenza e tutela dei diritti, cfr. le riflessioni di P. PINNA, *op. loc. ult. cit.*; sulla possibilità di ammettere il cittadino a sollevare conflitto solo ricorrendo ad una riforma del sistema costituzionale, dunque *contra* la tesi che ho sostenuto, P. LOGROSCINO, *La Corte costituzionale*, cit., 11.

⁵⁶ Il riferimento è A. RUGGERI, *Presentazione del seminario*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, 1.

⁵⁷ R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 126-127.

Marina Roma

Tendenze della giurisprudenza costituzionale sulla regola di copertura finanziaria delle leggi *Tra equilibrio di bilancio e “ragionevole” quantificazione degli oneri**

ABSTRACT: *The paper analyses the principle of the Italian Constitution whereby any new law providing for new or increased spending shall indicate the related financial means. In this respect, the author focuses on the most relevant judgements of the Italian Constitutional Court regarding Art. 81, paragraph 3 of the Italian Constitution, also in the light of the reform introduced by Constitutional Law of 20 April 2012, no. 1.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – La copertura finanziaria delle leggi di spesa nell’evoluzione della Carta costituzionale – La prima fase: la definizione di uno statuto costituzionale della copertura finanziaria – La seconda fase: copertura finanziaria ed equilibrio di bilancio come «facce della stessa medaglia» – La terza fase: il bilancio come «bene pubblico» e il contrasto alle «leggi proclama» – Considerazioni conclusive: verso uno sconfinamento oltre i limiti esterni del sindacato costituzionale?

1. Premessa.

La giurisprudenza costituzionale in materia di leggi di spesa – di frequente messa da parte in ragione delle complessità tecnico-contabili che la caratterizzavano – tocca in realtà uno dei nodi centrali della forma di Stato. La naturale limitatezza delle risorse disponibili lega, infatti, indissolubilmente l’effettiva tutela dei diritti nonché la possibilità di dare risposte credibili ai bisogni dei cittadini alla capacità degli organi di indirizzo politico di pianificare gli interventi, per cui risulta cruciale provvedere – utilizzando un’espressione tratta dalla recente [sentenza n. 62/2020](#) della Corte costituzionale – ad un «*programmato, corretto e aggiornato finanziamento*».

A riguardo, già nel dibattito in seno alla Seconda Sottocommissione dell’Assemblea costituente in merito al procedimento di formazione delle leggi, si osservava come: «*si prospettano due soluzioni: o negare ai deputati delle due Camere il diritto di fare proposte di spesa, ovvero obbligarli ad accompagnarle con la proposta correlativa di entrata a copertura della spesa, così che la proposta abbia un’impronta di serietà*»¹.

Ma se in tale prospettiva embrionale la regola di copertura finanziaria – poi confluita nella disposizione di cui all’originario articolo 81, comma 4, della Costituzione – puntava unicamente ad una responsabilizzazione delle decisioni di spesa, assunte al di fuori della manovra di bilancio, la Corte Costituzionale ne ha ampliato progressivamente la portata, innovandone la stessa natura e tramutandola – già prima dell’effettiva operatività della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 – da mero onere procedurale a vero e proprio vincolo sostanziale a generale “presidio” degli equilibri di finanza pubblica.

Il compito che ci si propone è allora quello di tratteggiare, pur sinteticamente, le linee evolutive dell’onere di copertura finanziaria nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, ponendo l’attenzione sulla valorizzazione di tale regola nel contesto dei rinnovati parametri costituzionali, anche quale necessario meccanismo di garanzia dei diritti.

A tal fine, si è provveduto ad individuare in via ideale tre distinte fasi: una prima fase, antecedente la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, in cui la Consulta ha delineato le linee applicative della disposizione *de qua*; una seconda fase, a cavallo tra l’entrata in vigore della riforma e la sua effettiva operatività, in cui si è anticipato (come si vedrà) l’utilizzazione dei nuovi parametri; ed infine una terza fase, corrispondente all’ultimo decennio.

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ La riflessione di Luigi Einaudi e tutte le trascrizioni stenografiche delle sedute delle sottocommissioni dell’Assemblea Costituente sono disponibili nel [Portale storico della Camera dei deputati](#). Sul tema, si veda anche L. EINAUDI, *Sulla interpretazione dell’articolo 81 della Costituzione*, in *Lo scrittoio del Presidente (1948-1955)*, Torino, 1956.

Il paragrafo conclusivo mira ad evidenziare come le recenti tendenze del sindacato costituzionale sulle stime di spesa riportino attualità al tema della difficile coniugazione tra parametri giuridici e nozioni economiche, nonché i rischi di un maggiore attivismo da parte del Giudice delle Leggi.

2. La copertura finanziaria delle leggi di spesa nell'evoluzione della Carta Costituzionale

Come noto, la Costituzione repubblicana demanda la disciplina del bilancio dello Stato ad una sola disposizione – l'articolo 81 – che nella formulazione originaria prevedeva, anzitutto, il divieto di introdurre «*nuovi tributi e nuove spese*» con la legge di approvazione del bilancio, per poi aggiungere che «*ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese indicare i mezzi per farvi fronte*».

Il testo del 1947 articolava, dunque, le decisioni di finanza pubblica in distinti momenti: da una parte, la definizione dell'entità delle entrate e delle spese e dei saldi annuali in sede di approvazione del bilancio; dall'altra, l'adozione dei singoli provvedimenti di spesa, cui era consentito intervenire sul quadro delineato dal bilancio, ma a patto che tali provvedimenti fossero preceduti da un'adeguata stima degli oneri previsti e dal reperimento delle risorse necessarie².

È agevole comprendere, dunque, come si sia comunemente ritenuto che l'obbligo di copertura finanziaria non riguardasse indistintamente ogni legge diversa dalla legge di bilancio, ma soltanto ogni altra legge che effettivamente «*import[asse] nuove o maggiori spese*». Sarebbero rimaste, infatti, escluse quelle leggi che – senza determinare un'effettiva e immediata spesa – si limitavano ad attribuire competenze o a disciplinare lo svolgimento di specifiche attività, per le quali spettava proprio alla legge di bilancio il compito di destinare le relative risorse o nel caso negarle³.

Quanto al legame tra le previsioni degli iniziali commi 3 e 4, si è rivelata rapidamente minoritaria l'opinione per cui le disposizioni citate – prevedendo che unicamente le leggi sostanziali (e non la legge di approvazione del bilancio) potessero introdurre nuove spese e sottoponendo queste ultime leggi all'obbligo di copertura – avrebbero di fatto vietato il ricorso all'indebitamento. Sono, invece, prevalse le tesi di coloro che, anche alla luce della collocazione di tali disposizioni nella sezione della Costituzione dedicata alla formazione delle leggi, vi hanno ravvisato, piuttosto, l'obiettivo di modulare i procedimenti legislativi. Se scopo dell'obbligo di copertura era, dunque, quello di «*conformare i processi decisionali del legislatore costringendolo a calcolare l'entità della spesa indotta dalle sue decisioni ed a valutarne la sostenibilità in relazione agli equilibri di bilancio ritenuti auspicabili*», si comprende come la legge di approvazione del bilancio fosse tradizionalmente ritenuta esente da tale onere: in sede di approvazione del bilancio, il legislatore ha contezza, infatti, dell'ammontare complessivo delle spese e di quello delle entrate e si assume, perciò, sia consapevole delle implicazioni finanziarie delle proprie decisioni⁴.

La riforma introdotta con legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 – pur avendo radicalmente

² Sulla previgente versione dell'articolo 81 della Costituzione, senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia, tra gli altri, a M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3-4/2017, 623 e ss.; G. RIVOCCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, 2016, 2 e ss.; A. BRANCASI, *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale*, in C. PINELLI – T. TREU, *La Costituzione economica: Italia Europa*, Bologna, 2010, 347 e ss.; G. RIVOCCHI, *L'indirizzo politico-finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007; N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'articolo 81 della Costituzione tra attuazione, interpretazione e aggiramento*, Roma, 2006; G. VEGAS, *Copertura finanziaria delle leggi di spesa*, in A. BARETTONI ARLERI (a cura di) *Dizionario di contabilità pubblica*, Milano, 1989, 119 e ss.; V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969, 22 e ss.

³ Così M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari*. cit., 623 e ss.

⁴ Così in V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella costituzione*, cit., 450 e ss. Un quadro in tali termini si ritrova anche in M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, cit., A. BRANCASI, *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale*, nota per il Gruppo di studio Astrid su "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione" (coord. Tiziano Treu) – 8 agosto 2009.

modificato gli artt. 81, 97, 117 e 119 della Costituzione – non sembrerebbe aver inciso in maniera significativa sulla formulazione del principio di copertura finanziaria⁵.

Si è, tuttavia, in più parti evidenziato come le (all'apparenza) minime modifiche letterali celino significative puntualizzazioni. Anzitutto, la riformata disposizione si applica ad «ogni legge», non più (come in precedenza) ogni *altra* legge diversa dalla legge di bilancio. Quest'ultima – divenendo, con la soppressione del divieto di introdurre nuovi tributi e nuove spese, fonte «materialmente normativa» – è coerentemente sottoposta all'obbligo di copertura, al pari di ogni altro provvedimento legislativo⁶. D'altra parte, l'utilizzo del «provvede», al posto del precedente «indica», comporta all'evidenza che la legge di spesa stessa deve includere la relativa clausola di copertura, non potendo (come invece pareva consentito nella versione ante-riforma) semplicemente rinviare un differente testo normativo⁷. La norma riformata chiarisce, infine, come l'obbligo di copertura debba riguardare ogni legge che comporti «nuovi e maggiori oneri», così includendo tutte le previsioni legislative che abbiano l'effetto di modificare i saldi di bilancio, sia che esse comportino maggiori spese rispetto al passato sia che prevedano una riduzione delle entrate fiscali⁸.

Ma, in disparte tali osservazioni, la riforma ha innestato la regola di copertura in una differente cornice costituzionale, non più neutro rispetta alle decisioni di finanza pubblica, ma complessivamente orientata alla razionalizzazione nell'utilizzo delle risorse nell'ottica del raggiungimento degli parametri europei.

Nel rinnovato scenario, il rispetto del vincolo per cui lo Stato è tenuto ad assicurare «l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico» è divenuto passibile di controllo di costituzionalità, rendendo fonti di responsabilità giuridica – e conseguentemente di sanzione costituzionale – obbligazioni, la cui rilevanza restava un tempo circoscritta alla relazione fiduciaria tra Governo e Parlamento⁹. Un simile cambio di prospettiva – già all'indomani dell'entrata in vigore della riforma – aveva posto il problema dell'effettiva possibilità per la Corte di rilevare l'inosservanza delle nuove regole, *in primis* per l'incompatibilità fra oggetto e parametro del giudizio, che avrebbe imposto al giudice

⁵ Sulla riforma costituzionale del 2012, si vedano – senza alcuna pretesa di completezza – C. BERGONZINI, *Il nuovo principio dell'equilibrio di bilancio: le prime ricadute sull'ordinamento italiano*, in: C. Bergonzini – S. Borelli – A. Guazzarotti (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli, 2016; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 1/2014; R. DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, 2013; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Milano, 2013; G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in “*Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*”. Seminario di studio - Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Milano 2014, 3 e ss.; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2012, 108 e ss.; I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, 14 settembre 2012, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2012; P. SANTORO, *La costituzionalizzazione eteronoma del pareggio di bilancio*, in [Giustamm](#), maggio 2012; G. PERONI, *La crisi dell'Euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, 2012; G. BOGNETTI, *Il pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 4/2011; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangeri*, Quaderno 2011.

⁶ Si vedano, a tal riguardo, gli studi di M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, cit.; D. MORGANTE, *Il principio di copertura finanziaria nella recente giurisprudenza costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 5 settembre 2012, 37.

⁷ Così in G. VEGAS, *Il bilancio pubblico*, Bologna, 2019, 230, dove si evidenzia come l'obbligo di copertura debba fare riferimento unicamente riferimento agli effetti diretti della nuova disposizione, sicché – anche qualora la nuova disposizione provocasse effetti indiretti vantaggiosi per la finanza pubblica – occorrerebbe comunque coprire gli oneri gravanti sulla finanza pubblica alla data dell'entrata in vigore. Sulla distinzione tra le norme di spesa, si veda G. FARES, [L'obbligo di copertura finanziaria delle leggi che costano: qualche spunto alla luce del contributo offerto dalla Corte costituzionale](#), in questa [Rivista 2020/I](#), 51.

⁸ Così in G. VEGAS, *Il bilancio pubblico*, cit., 230. Il quadro delineato, a ben vedere, pare recepire quanto era già statuito all'art. 17 della l. legge 31 dicembre 2009, n. 196, recante «Legge di contabilità e finanza pubblica», in base al quale «ciascuna legge» che comporti «nuovi o maggiori oneri» sarebbe tenuta ad indicare espressamente, la spesa autorizzata, da intendersi come limite massimo di spesa, ovvero le relative previsioni di spesa.

⁹ Si veda, a riguardo, G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in [Rivista AIC](#), 3/2012, 2.

costituzionale di verificare «l'equilibrio tra le entrate e le spese» del bilancio dello Stato, coincidente con l'obiettivo di bilancio a medio termine stabilito per l'Italia a livello europeo, ovvero la sussistenza di quelle cause eccezionali che – «tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico» – avrebbero reso giustificato l'eventuale scostamento dal suddetto obiettivo, tramite l'emissione di nuovi titoli di debito pubblico¹⁰.

In tale contesto – come si vedrà – proprio nel tentativo di porre rimedio al difficile problema della giustiziabilità delle regole di finanza pubblica, la Corte ha più occasioni fatto ricorso alla regola di copertura finanziaria quale generale presidio a tutela dell'equilibrio dei bilanci.

2. La prima fase: la definizione di uno statuto costituzionale della copertura finanziaria

La violazione della regola di copertura ha inizialmente faticato ad imporsi quale oggetto di controllo in via incidentale, proprio perché le possibilità applicare in giudizio di leggi prive di copertura, ma attributive di benefici o risorse apparivano (ed appaiono) piuttosto ridotte, per la comprensibile difficoltà di rinvenire soggetti interessati all'impugnazione. La circostanza è stata a ragione attribuita al peculiare carattere della regola di cui all'articolo 81 della Costituzione, la cui violazione solo eccezionalmente può essere rilevata da un *quavis de populo*, attenendo piuttosto alle attribuzioni dei diversi organi e poteri che sono chiamati a vigilare sull'osservanza delle norme finanziarie: secondo le circostanze, la Corte dei conti, la Corte costituzionale, il Governo, o anche il Presidente della Repubblica, nell'esercizio del potere di rinvio delle leggi¹¹.

Il vizio di mancata copertura si configura, infatti, ogniqualvolta si sia in presenza di una norma *sostanziale* e la correlata disposizione *finanziaria* sia assente o inadeguata. Il ripristino della legalità costituzionale richiede allora la rimozione dall'ordinamento non solo della norma *di copertura* (se presente), ma anche della norma *sostanziale* cui quest'ultima si riferisce: sarebbe, infatti, paradossale rimuovere la disposizione finanziaria, perché inadeguata, mantenendo invece la norma di spesa, in assenza di qualsivoglia copertura¹².

¹⁰ Tra tutti, si veda il già citato contributo di G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit.

¹¹ Il riferimento è, per tutti, a V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'articolo 81, u.c. della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, l'8 e il 9 Novembre 1991, 1993, 19 e ss., in cui si è riconosciuto ai giudici sull'articolo 81 il carattere di conflitto di attribuzione *sui generis* su un atto legislativo. L'osservazione viene ripresa in G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit., 2 e ss., ove si evidenzia come fossero così sfuggite al sindacato di legittimità costituzionale una serie di leggi aventi effetti e riflessi finanziari, in quanto di esse non si faceva applicazione in giudizio. Nella medesima sede, si rileva come nel 2012, delle 316 pronunce complessivamente emesse dalla Corte costituzionale in riferimento all'articolo 81 della Costituzione, meno di un terzo originasse da giudizi sollevati in via incidentale.

¹² In A. BRANCASI, *Sull'obbligo della copertura finanziaria vengono accantonate certezze consolidate (nota alla sentenza della Corte costituzionale 2014 n. 224)*, in *Le Regioni*, 2015, 444 e ss., si evidenzia come la necessità di estendere la dichiarazione di incostituzionalità alla norma sostanziale non sia stata da subito per scontata, tant'è che nella giurisprudenza costituzionale si registra un'iniziale prassi di dichiarare l'incostituzionalità delle sole disposizioni di copertura, prassi abbandonata – a partire dalla [sent. n. 92/1981](#) – in favore della (decisamente più condivisibile) soluzione di dichiarare “in via consequenziale” anche l'illegittimità costituzionale delle disposizioni sostanziali, ai sensi dell'articolo 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87. Quest'ultima norma prevede – come noto – che 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, non solo quali sono le disposizioni legislative illegittime, ma anche «quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata». A riguardo, può richiamarsi – a titolo esemplificativo – la [sent. n. 214/2012](#), che a sua volta riprende le [sentt. nn. 106/2011](#) e [131/2012](#) – per cui: «Dal difetto di copertura finanziaria non può quindi che derivare l'illegittimità costituzionale non solo delle disposizioni censurate, ma altresì dell'intero testo delle leggi regionali (...), dal momento che “un simile vizio, investendo la componente finanziaria della legge di spesa, non può che estendersi in via consequenziale alle disposizioni sostanziali generatrici della spesa” (...), stante la loro “inscindibile connessione” con le norme in questione (...), rispetto alle quali pongono i presupposti sostanziali. Stante dunque l'essenzialità e la preminenza degli equilibri finanziari tutelati dall'articolo 81 Cost., il difetto di copertura finanziaria costituisce invero un vizio essenziale, assolutamente incompatibile con la permanenza delle disposizioni sostanziali che, quand'anche non

Sin dalle prime pronunce sull'originario articolo 81, comma 4, la Consulta ha chiarito come la copertura finanziaria si sostanzia in due distinte operazioni, consistenti, la prima, in una quantificazione chiara e ragionevole degli effetti di maggior spesa o di minore entrata, la seconda, nella previsione di risorse effettive e coerenti con tale quantificazione.

Quanto all'ambito di applicazione, che anche le leggi destinate a gravare sui bilanci delle Regioni dovessero indicare la relativa copertura non è mai stato posto in dubbio¹³. Diversamente, le spese poste a carico degli enti del c.d. settore pubblico allargato erano state inizialmente escluse dall'obbligo in questione, per poi esservi ricomprese successivamente all'entrata in vigore della l. 5 agosto 1978, n. 468 (abrogata dalla legge 31 dicembre 2009, n. 196, recante «*Legge di contabilità e finanza pubblica*»), che ha segnato un'inversione di tendenza nella giurisprudenza costituzionale, per cui l'onere di copertura non avrebbe potuto essere eluso dal legislatore statale o regionale, semplicemente addossando le spese ad altri enti¹⁴.

Ciò chiarito e venendo immediatamente alla prima delle due operazioni – relativa (come detto) alla quantificazione degli oneri – la Corte ha da subito adottato un approccio definito «*sostanzialistico*», rilevando come la norma costituzionale dovesse trovare applicazione a *tutte* le previsioni legislative comportanti oneri a carico dei bilanci pubblici, essendo prive di rilevanza le eventuali qualificazioni formali effettuate dal legislatore, nel potenziale intento di eludere l'obbligo in questione¹⁵. L'indicazione di assenza di oneri, infatti, non sarebbe valsa di per sé a rendere dimostrato il rispetto dell'obbligo di copertura, dal momento che – per utilizzare proprio le parole della Corte – «*non si può assumere che mancando nella legge ogni indicazione della così detta "copertura", cioè dei mezzi per far fronte alla nuova o maggiore spesa, si debba per questo solo fatto presumere che la legge non implichi nessun onere o nessun maggiore onere*», dovendosi la mancanza o l'esistenza di possibili oneri desumersi «*dall'oggetto della legge e dal contenuto di essa*»¹⁶.

Quantomeno in una prima fase, tuttavia, la Corte si è astenuta dal censurare eventuali operazioni di stima effettuate dal legislatore statale o regionale, rilevando – anche in maniera piuttosto netta – come non fosse «*sindacabile in sede di giudizio di costituzionalità l'entità della copertura finanziaria*», che invece è «*rimessa al giudizio del Parlamento in sede di approvazione della*

impugnate, ove perduranti, verrebbero a originare la spesa priva di copertura e che non possono, pertanto, che venire irrimediabilmente travolte dalla declaratoria di incostituzionalità per violazione dell'articolo 81, quarto comma, Cost.».

¹³ Questo è quanto chiarito in una serie di pronunce risalenti già ai primi anni di attività della Corte. Si cita, nello specifico, la [sent. n. 9/1958](#), per cui: «*(...) è da ritenere invece che debba anche in questa materia aver pieno vigore il principio unitario, espresso dall'articolo 5 della Costituzione e ripetuto dall'articolo 1 dello Statuto siciliano, e in forza del quale la legislazione regionale si svolge nella osservanza delle supreme direttive della disciplina giuridica dello Stato. La disposizione dell'ultimo comma dell'articolo 81 deve necessariamente riguardare oltre che lo Stato anche le Regioni, non potendo queste sottrarsi a quella fondamentale esigenza di chiarezza e solidità del bilancio cui la predetta norma si ispira, in vista anche della stretta correlazione in cui l'attività e i mezzi finanziari dello Stato e delle Regioni vengono reciprocamente a trovarsi*». Si vedano poi *ex multis* le [sentt. nn. 54/1958](#), [31/1961](#), [1/1966](#), [41/1966](#), [96/1966](#), [47/1967](#), [17/1968](#) e [135/1968](#).

¹⁴ Si fa riferimento *in primis* alla [sentenza n. 92/1981](#) cit., per cui: l'onere di copertura finanziaria «*non può essere eluso dal legislatore, addossando ad enti, rientranti nella così detta finanza pubblica allargata, nuove e maggiori spese, senza indicare i mezzi con cui farvi fronte. Il collegamento finanziario tra simili enti e lo Stato è infatti tale da dar luogo ad un unico complesso, come lo stesso legislatore ha riconosciuto con l'articolo 27 della legge n. 468 del 1978 (...)*».

¹⁵ L'approccio della Corte viene definito «*sostanzialistico*» in G. FARES, [L'obbligo di copertura finanziaria delle leggi che costano: qualche spunto alla luce del contributo offerto dalla Corte costituzionale](#), cit., 6. Sulla giurisprudenza costituzionale antecedente la riforma del 2012, si veda AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'articolo 81, u.c. della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma l'8 e 9 novembre 1991, Milano, 1993; A. PIZZORUSSO, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1990, 262 e ss.; V. CAIANIELLO, *Corte costituzionale e finanza pubblica*, in *Giur. it.*, n. 4/1984, 273 e ss.; F. DONATI, *Sentenze della Corte Costituzionale e vincolo della copertura finanziaria ex articolo 82 Cost.*, in: *Giur. cost.*, 1989, 335.

¹⁶ In ciò, è emblematica la (pur risalente) [sentenza n. 30/1959](#), per cui: «*Non si può assumere che mancando nella legge ogni indicazione della così detta "copertura" cioè i mezzi per far fronte alla nuova o maggiore spesa, si debba per questo solo fatto presumere che la legge non implichi nessun onere o nessun maggiore onere*.

legge»¹⁷.

Una maggiore apertura al sindacato sull'adeguatezza degli stanziamenti si è registrata in alcuni casi solo partire dalla [sentenza n. 260/1990](#), in cui – pur dando atto che «*le scelte di bilancio sono decisioni fondamentali di politica economica che, in ragione di questa loro natura, sono costituzionalmente riservate alla determinazione del Governo e all'approvazione del Parlamento*» e che «*essendo frutto di un'insindacabile discrezionalità politica, esigono un particolare e sostanziale rispetto anche da parte del giudice di legittimità costituzionale*» – si è rifiutato che da tale premessa potesse ricavarsi «*un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi*»¹⁸. La corretta quantificazione della spesa complessiva, attenendo ad attività e procedure da esercitarsi anche per gli anni a venire, costituirebbe infatti – secondo la ricostruzione contenuta nella [sentenza n. 386/2008](#) – momento essenziale dell'esercizio della funzione legislativa, recando in sé «*il contenuto stesso della decisione assunta tramite l'adozione, con effetti immediatamente vincolanti, della disposizione*».

Per quanto concerne, invece, la seconda delle due operazioni – afferente l'individuazione di risorse adeguate alla stima effettuata – non è stata ritenuta sufficiente la mera iscrizione negli stati di previsione della spesa¹⁹.

Né l'obbligo in questione avrebbe potuto – secondo la Corte – ritenersi assolto mediante la mera autorizzazione a iscrivere nel bilancio entrate destinate essere contemplate negli stati di previsione relativi ad esercizi futuri e perciò incerte ed eventuali. Una simile possibilità si è ritenuta

¹⁷ Si fa riferimento all'[ordinanza n. 69/1989](#). In S. SCAGLIARINI, *La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi tra Governo, Parlamento e Corte Costituzionale*, 2006, Milano, 217-218, si evidenzia come la statuizione possa apprezzarsi avuto riguardo al contenuto dell'ordinanza di rimessione del Pretore di Genova. Il ricorrente nel giudizio *a quo* riteneva, sulla base della normativa impugnata, di avere diritto a far valere il periodo di servizio militare ai fini dell'anzianità lavorativa, benché il proprio pensionamento fosse già avvenuto, mentre l'amministrazione resistente negava tale possibilità. Il Pretore, propendendo per l'interpretazione prospettata dal ricorrente, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, asserendo che la disciplina in questione avrebbe mancato di specificare gli enti destinatari del provvedimento, i criteri e i tempi di erogazione, le modalità di richiesta, rendendo di fatto indeterminabile il numero di potenziali destinatari e così anche la relativa copertura. Si sarebbe richiesto, pertanto, alla Corte di sostituirsi al legislatore per indicare i possibili beneficiari ovvero di caducare l'intera disposizione. Un accenno all'impossibilità per il giudice costituzionale di ingerirsi in valutazioni del legislatore si può rinvenire anche nella [sentenza n. 9/1958](#) cit., in cui la Corte accenna che non rientri tra le sue competenze «*valutare i criteri di politica e tecnica finanziaria*». A tal riguardo, in A. CAROSI, *La Corte Costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista AIC*, 4/2017, si è osservato come la collocazione dell'articolo 81 della Costituzione nella Parte II, Titolo I, Sezione II, inerente alla formazione delle leggi – funzione che (come noto) attribuita congiuntamente alle due Camere – abbia avuto un impatto significativo sull'originario atteggiamento di cautela assunto dalla Consulta.

¹⁸ Sul tema si veda ancora S. SCAGLIARINI, *La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi tra Governo, Parlamento e Corte Costituzionale*, cit., 217 e ss., in cui si citano, ad esempio, le [sentt. nn. 25/1993](#) e [5/2000](#). In quest'ultima pronuncia in particolare – si rileva – come l'entità delle somme stanziare costituisse oggetto esclusivo del giudizio. In tal sede, è stata, infatti, ritenuta infondata la questione sollevata dal Tribunale di Ravenna, che aveva lamentato l'indeterminabilità dei destinatari della norma da cui si ricavava l'impossibilità di stabilire l'entità dei possibili oneri e in ogni caso l'insufficienza di quelli previsti dal legislatore.

¹⁹ Emblematico, a tal riguardo, è quanto statuito nella [sentenza n. 9/1958](#), per cui: «*il precetto dell'articolo 81 della Costituzione non può dirsi osservato (...) col semplice fatto di riferirsi, (...) alla capacità del fondo a coprire la nuova spesa; mentre l'ultimo comma dell'articolo 81 chiaramente stabilisce l'obbligo che la legge istitutiva della nuova spesa sia essa a dover indicare positivamente i mezzi per farvi fronte. (...) Senza tale indicazione non si può avere la precisa e concreta conoscenza del mezzo di copertura delle nuove spese, quale indubbiamente è richiesta, secondo lo spirito dell'articolo 81, sia in obbedienza ai generali criteri cui deve ispirarsi la legislazione finanziaria sia anche perché, in rapporto a minori ma del pari non derogabili esigenze pratiche, non sarebbe possibile, in una valutazione integrale di tutte le nuove e maggiori spese, stabilire la effettiva capacità a farvi fronte da parte del fondo speciale di cui trattasi*». Sul punto, si vedano poi *ex multis* le già citate [sentt. nn. 31/1961](#), [46/1967](#), [47/1967](#) e [135/1968](#). Più di recente, con la [sentenza n. 70/2010](#), la Corte ha chiarito come il generico rinvio a capitoli di spesa, in assenza di una puntuale e specifica determinazione dell'onere finanziario, non renda possibile verificare l'idoneità degli stanziamenti già iscritti nel bilancio. La Corte ha ritenuto compatibile con il precetto costituzionale, invece, il rinvio a stanziamenti già concretamente disposti al fine di provvedere a provvedimenti legislativi in elaborazione: si veda, a tal riguardo, la [sentenza n. 158/1969](#).

ammissibile solo per le spese continuative e ricorrenti, per cui l'individuazione della copertura può essere postergata al momento dell'approvazione del bilancio annuale²⁰.

La Corte ha chiarito – già dalla [sentenza n. 30/1959](#) – che l'indicazione della copertura «è richiesta anche quando alle nuove o maggiori spese possa farsi fronte con somme già iscritte nel bilancio, o perché rientrino in un capitolo che abbia capienza per l'aumento di spesa, o perché possano essere fronteggiate con lo “storno” di fondi risultanti dalle eccedenze degli stanziamenti previsti per altri capitoli». Ma anche in tal caso occorre sempre che si faccia espressa menzione non solo dello storno ma anche delle autorizzazioni ad apportare al bilancio le debite variazioni²¹.

Si è andata così delineando una regola generale per cui la copertura proposta deve essere «credibile, sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale, in equilibrato rapporto con la spesa che si intende sostenere in esercizi futuri», destinata a ritornare puntualmente nella giurisprudenza costituzionale sempre secondo la medesima formula²².

Sotto il profilo temporale, già a partire dalla celebre [sentenza n. 1/1966](#), la Corte ha sancito che anche le nuove o maggiori spese inserite negli stati di previsione della spesa di esercizi futuri sarebbero state soggette – seppur con «con puntualità meno rigorosa» – all'onere di copertura, non aggirabile semplicemente spostando il termine di efficacia della norma di spesa al successivo esercizio. Ogni provvedimento che importi maggiori oneri avrebbe dovuto, pertanto, indicare i mezzi per farvi fronte non solo per l'esercizio in corso ma anche per quelli successivi fra i quali tali oneri sarebbero stati ripartiti²³.

Con l'introduzione del bilancio triennale – e la conseguente positivizzazione dell'obbligo di quantificazione della spesa per la più estesa durata del documento contabile – la Corte ha ribadito come il legislatore non possa sottrarsi all'obbligo di copertura nemmeno per gli esercizi successivi al triennio, al contempo però ammettendo la possibilità di ricorrere, oltre che ai mezzi consueti, alla riduzione di spese già autorizzate, all'accertamento formale di nuove entrate, all'emissione di prestiti o anche alla previsione di maggiori entrate, fintanto che la soluzione adottata si presenti «sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale, in un equilibrato rapporto con la spesa che si intende effettuare negli esercizi futuri, e non in contraddizione con le previsioni del medesimo Governo (...): sui quali punti la Corte potrà portare il suo esame nei limiti della sua competenza».

Secondo tale prospettiva, la regola di copertura finanziaria avrebbe costituito «il parametro di riferimento per valutare l'attendibilità delle deliberazioni di spesa anche di lunga durata e non solo per garantire l'equilibrio dei bilanci già approvati»²⁴. Per tal via – anche prima della

²⁰ Così nella [sentenza n. 16/1961](#), in cui si evidenzia come un simile procedimento si risolverebbe in una «mera finzione contabile» sostanzialmente elusiva del precetto costituzionale.

²¹ Il principio è rinvenibile in una serie di pronunce, tra cui si citano – a titolo esemplificativo nelle [sentt. nn. 331/1988](#), [26/1991](#) e [446/1994](#). Nello specifico, nella [decisione n. 331/1988](#), la Corte chiarisce: «Su tale premessa, il rinvio della quantificazione delle spese continuative e ricorrenti, nonché dei relativi mezzi di copertura, al momento della redazione e dell'approvazione del bilancio, non può avere il significato di un'elusione dell'obbligo di cui all'articolo 81, comma quarto (e terzo), Cost., (...). Al contrario, esso risponde a esigenze di maggiore e di globale ponderazione degli oneri che ciascun bilancio, necessariamente in pareggio, deve sopportare per il miglior soddisfacimento dei bisogni della collettività regionale».

²² La formulazione viene enunciata in maniera pressoché identica in pressoché tutte le pronunce afferenti la seconda delle due operazioni di copertura, tra cui si citano – a titolo meramente esemplificativo e rimanendo in quella che, in questa sede, è stata definita la “prima fase” della giurisprudenza costituzionale sulla regola di copertura finanziaria – le [sentt. nn. 213/2008](#), [386/2008](#), [100/2010](#), [141/2010](#), [106/2011](#) e [272/2011](#).

²³ Così nella [sentenza n. 1/1966](#). Sull'indeterminatezza della portata dell'obbligo di copertura con riferimento agli esercizi futuri la dottrina aveva avanzato qualche perplessità, uno fra tutti V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, cit., ma la Corte ne ha chiarito la portata nelle pronunce citate alla nota seguente.

²⁴ Questa la ricostruzione nella [sentenza n. 384/1991](#), per cui: «l'esigenza imposta dalla costante interpretazione dell'articolo 81, quarto comma, della Costituzione, lungi dal costituire un inammissibile vincolo per i Governi ed i Parlamenti futuri, tende anzi proprio ad evitare che gli stessi siano costretti a far fronte, al di fuori di ogni margine di apprezzamento, ad oneri assunti in precedenza senza adeguata ponderazione dell'eventuale squilibrio futuro». Rispetto agli esercizi futuri, «la legge di spesa si pone come autorizzazione al Governo che la esercita non senza discrezionalità nel senso che, nella predisposizione del bilancio, le spese possono essere ridotte o addirittura non iscritte nei capitoli

costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio – il combinato disposto del divieto per la legge di approvazione del bilancio di stabilire nuovi tributi e nuove spese e dell’obbligo di copertura di cui alla precedente versione dei commi terzo e quarto comma dell’articolo 81 veniva inteso quale il principale, se non l’unico, meccanismo per salvaguardare – quantomeno in via tendenziale – l’equilibrio fra risorse disponibili e spese²⁵. La Corte ha finito così per attribuire alla regola in questione un significato non meramente contabile, ma «sostanziale», per cui l’obbligo di provvedere ad una ragionevole e credibile indicazione dei mezzi di copertura anche per gli anni successivi avrebbe obbligato il legislatore a tener dell’esigenza di un equilibrio tendenziale fra entrate e spese «*la cui alterazione, in quanto riflettentesi sull’indebitamento, postula una scelta legata ad un giudizio di compatibilità con tutti gli oneri già gravanti sugli esercizi futuri*»²⁶.

3. La seconda fase: copertura finanziaria ed equilibrio di bilancio come «*facce della stessa medaglia*»

L’entrata in vigore della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 – pur applicabile solo a partire dall’esercizio 2014 – ha inaugurato un’ulteriore fase della giurisprudenza della Corte, in cui alla valorizzazione del ruolo della regola di cui all’allora vigente articolo 81, comma 4 della Costituzione nel rinnovato contesto costituzionale si è accompagnato un maggiore rigore nella verifica delle operazioni di copertura, con riferimento sia alla quantificazione degli oneri, sia all’individuazione delle relative risorse.

La Corte ha declinato, infatti, con maggiore dettaglio il risalente approccio definito «sostanzialistico» alle stime degli oneri, verificando con rigore metodico, dapprima, se le norme portate al proprio sindacato comportassero effettivamente una spesa a carico delle finanze pubbliche, per poi – in caso di esito positivo della precedente operazione – domandarsi se tale spesa fosse nuova o maggiore rispetto al quadro di cui alla normativa sostanziale vigente²⁷.

degli stati di previsione della spesa, salvi sempre l’approvazione ed il giudizio politico del Parlamento, quante volte l’esigenza dell’equilibrio e dello sviluppo economico sociale consiglino una diversa impostazione non globale del bilancio e la configurazione di un diverso equilibrio»: sul punto, si veda anche la [sentenza n. 12/1987](#). L’orientamento affermato era stato, peraltro, recepito all’articolo 11-ter, comma 2 della legge 5 agosto 1978, n. 468 – la già citata legge di contabilità – così come modificato dall’articolo 7, della legge 23 agosto 1988, n. 362, per cui i disegni di legge e gli emendamenti di iniziativa governativa comportanti nuove spese o una riduzione delle entrate avrebbero dovuto essere corredati da una relazione tecnica sulla quantificazione degli oneri recati da ciascuna disposizione e delle relative coperture, che specificchi, con riferimento sia alla spesa corrente sia alle minori entrate, gli oneri annuali fino alla completa attuazione delle norme nonché, per le spese in conto capitale, la modulazione relativa agli anni compresi nel bilancio pluriennale e l’onere complessivo in relazione agli obiettivi fisici previsti.

²⁵ Si vedano, fra gli altri, T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell’equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2014, 54, M. LUCIANI, *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell’equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, cit., 8 e ss. Sul punto, si rinvia per tutte alla [sentenza n. 213/2008](#), in cui si rilevava come: «*caratteristica fondamentale del bilancio di previsione [fosse] quella di riferirsi alle operazioni finanziarie che si prevede si verificheranno durante l’anno finanziario. Infatti soltanto riferendosi ad un determinato arco di tempo, il bilancio può assolvere alle sue fondamentali funzioni, le quali, in ultima analisi, tendono ad assicurare il tendenziale pareggio del bilancio, ed in generale la stabilità della finanza pubblica*».

²⁶ Così in C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l’equilibrio finanziario*, Milano, 2015, 102, ove si riprende la [sent. n. 384/1991](#).

²⁷ Una simile scansione della verifica delle operazioni di copertura si ritrova in D. MORGANTE, *Il principio di copertura finanziaria nella recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 31 e ss., che riprende la [sentenza n. 214/2012](#), in cui la Corte ha dichiarato fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Presidente del Consiglio dei Ministri con riferimento agli articoli 5 e 9, comma 1 – quest’ultimo per come modificato dall’articolo 3 della legge della Regione Calabria 28 dicembre 2011, n. 50, recante «*Norme di integrazione alla legge regionale 28 settembre 2011, n. 35*» – della legge della Regione Calabria 28 settembre 2011, n. 35, recante «*Riconoscimento ex articolo 54, comma 3, della legge regionale 19 ottobre 2004, n. 25, della “Fondazione per la Ricerca e la Cura dei Tumori “Tommaso Campanella” Centro Oncologico d’Eccellenza” come ente di diritto pubblico*», dichiarando in via consequenziale l’illegittimità dell’intero testo delle citate leggi regionali n. 35 e n. 50 del 2011. Nello specifico, le due

Ma se nel verificare la previsione di oneri a carico delle finanze pubbliche, si è valorizzato anche il tenore letterale delle disposizioni, quanto al requisito della “novità” della spesa, sarebbe stato necessario – secondo la Corte – valutare l’effettivo impatto dell’intervento normativo nel quadro di spesa vigente, sicché (ad esempio) anche il mantenimento di una spesa preesistente, che sarebbe altrimenti venuta meno, avrebbe dovuto ritenersi una spesa “nuova”, che – come tale – avrebbe richiesto una idonea copertura finanziaria²⁸.

Facendo, quindi, leva sul principio per cui non «*si può assumere che mancando nella legge ogni indicazione della così detta “copertura” si debba per questo solo fatto presumere che la legge non implichi nessun onere o nessun maggiore onere*» e «*la mancanza o l’esistenza di un onere si desume dall’oggetto della legge e dal contenuto di essa*», la Corte ha ribadito la necessità che le stime di spesa (o di assenza di spesa) fossero effettuate «*in modo credibile*»²⁹.

Così, nel censurare l’istituzione di nuovi enti o la riorganizzazione di strutture esistenti in asserita assenza di oneri per le finanze pubbliche, si è altresì chiarito come – anche laddove si ritenga la nuova spesa sostenibile senza ricorrere alla individuazione di ulteriori risorse ma per effetto di una più efficiente utilizzazione di quelle già disponibili – spetti comunque al legislatore l’onere di fornire analitica prova della copertura finanziaria. Al riguardo non è stato ritenuto sufficiente il formale rinvio a poste di bilancio ove ricadessero, in modo promiscuo ed indistinto i finanziamenti di precedenti leggi. «*La pretesa autosufficienza non può*» infatti «*essere affermata apoditticamente, ma va corredata da adeguata dimostrazione economica e contabile*», dovendo ogni riduzione di precedenti autorizzazioni di spesa «*essere sempre espressa e analiticamente quantificata, in quanto idonea a compensare esattamente gli oneri indotti dalla nuova previsione legislativa*»³⁰.

Immediatamente sensibile alla particolare congiuntura economica del tempo, il giudice costituzionale ha, dunque, riconosciuto appieno come «*la cura e il controllo dei risultati finanziari*» dovessero costituire «*oggetto di particolare attenzione legislativa, in quanto correlati non solo alla situazione del singolo ente pubblico, ma anche agli equilibri complessivi della finanza che ne vengono inevitabilmente influenzati*». Sicché, anche con riferimento alla seconda delle operazioni di copertura – relativa al reperimento di risorse idonee al finanziamento degli interventi proposti – pur nel solco dei principi già elaborati nelle pronunce precedenti, la Corte ha mostrato nelle proprie valutazioni una sempre maggiore analiticità, con un approccio che ha ricordato – per il crescente tecnicismo e livello di dettaglio nell’analisi dei dati numerici, che caratterizza le sentenze in questione – quello frequentemente adottato dalla magistratura contabile³¹.

norme citate avevano per oggetto rispettivamente le fonti di finanziamento della Fondazione, una volta riconosciuta quale ente di diritto pubblico, e le procedure di reclutamento del personale.

²⁸ Il riferimento è sempre alla [sentenza n. 214/2012](#), in cui la Corte valorizza il richiamo – all’articolo 5 della legge impugnata, dedicato alle fonti di finanziamento della Fondazione – a «*finanziamenti pubblici*», a «*finanziamenti straordinari regionali*», nonché all’«*apporto economico che le deriverà dalla Regione*». L’esistenza di maggiori oneri non sarebbe smentita – secondo la Corte – dal fatto che, fino all’intervento normativo censurato, la Fondazione, pur costituendo un soggetto di diritto privato, gravasse già in larga parte sul bilancio regionale: la novità della spesa avrebbe dovuto essere apprezzata con riguardo alla legislazione sostanziale che la prevedeva e sotto questo profilo è stato risolutivo considerare che – in base alla normativa previgente – la fondazione avrebbe dovuto essere posta in liquidazione. Sicché la Corte ha ritenuto che – mantenendo in essere la Fondazione – i bilanci regionali si sarebbero visti gravati di una spesa che, in assenza della norma impugnata, non avrebbero sostenuto.

²⁹ Sul punto, si rinvia alla ancora alla [sent. n. 214/2012](#), che riprende a sua volta la [sent. n. 115/2012](#). Si veda sul punto anche la [sent. n. 51/2013](#), in cui si sancisce anche impossibilità di utilizzare a copertura somme interamente vincolate da un piano di rientro.

³⁰ Si veda la [sent. n. 115/2012](#), in cui – secondo la Corte – la formulazione delle norme impuginate, che prevedevano espressamente la necessità di un ulteriore fabbisogno finanziario – non avrebbe lasciato dubbi sul fatto che la legge dovesse individuare, quantomeno in via presuntiva, i mezzi finanziari necessari per la sua attuazione.

³¹ Il riferimento è alla [sentenza n. 192/2012](#). La tesi di un avvicendamento tra giudice costituzionale e giudice contabile è enunciata in D. MORGANTE, *I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei conti nel d.l. 174/2012*, cit., 35, in cui si evidenzia come la Corte costituzionale abbia valorizzato nelle proprie pronunce la giurisprudenza della Corte dei conti riuscendo «*a calare l’astratto e sintetico precetto costituzionale nella specifica situazione esaminata*».

Se, in linea con la giurisprudenza consolidata, è stato ritenuto necessario che la copertura si presentasse «*credibile, sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale, in equilibrato rapporto con la spesa che si intende sostenere in esercizi futuri*», si è chiarito come spetti al legislatore l'onere – da assolversi *in primis* mediante la relazione tecnica – di fornire «*analitica quantificazione*» circa dell'effettiva idoneità del mezzo proposto³².

Ma a prescindere dalla maggiore severità d'approccio, la riforma costituzionale ha avuto l'effetto di arricchire la regola di cui all'allora vigente articolo 81, comma 4 di un'ulteriore dimensione. Con la [sentenza n. 70/2012](#) – in una fase addirittura antecedente alla conclusione dell'*iter* di approvazione del disegno di revisione costituzionale – la Corte è giunta, infatti, per la prima volta a dichiarare l'incostituzionalità di alcune disposizioni contenute in una legge regionale di bilancio per mancato rispetto dell'obbligo di copertura³³.

Seppur non si è mancato di evidenziare il chiaro richiamo ai principi affermati sin dalla già citata [sentenza n. 1/1966](#) – in cui pure si erano messi in stretta connessione copertura finanziaria e equilibrio tendenziale tra le entrate e le spese nel concatenarsi degli esercizi finanziari – è risultata immediatamente evidente la forzatura del dato letterale dell'originario articolo 81³⁴.

Come si è visto, la formulazione del comma 4, prevedendo che «*ogni altra spesa*» dovesse «*indicare i mezzi per farvi fronte*» subito dopo il divieto di introdurre nuovi tributi e nuove spese con la legge di bilancio, inequivocabilmente escludeva tale legge dall'ambito di applicazione dell'onere copertura finanziaria³⁵. Pur a Costituzione immutata, il Giudice delle Leggi è sembrato, dunque, far leva su una presunta «*forza espansiva*» della disposizione, configurando l'obbligo di copertura quale regola prescrittiva volta al mantenimento dell'equilibrio tendenziale dei bilanci, piuttosto che (come nelle richiamate intenzioni dei Costituenti) quale strumento di «*conformazione dei processi decisionali di Governo e Parlamento circa la consapevolezza delle loro conseguenze finanziarie*»³⁶.

³² Così nella [sentenza n. 26/2013](#), ove si evidenzia come la disposizione censurata avrebbe dovuto indicare espressamente, per ciascun esercizio coinvolto, il limite di spesa e la specifica clausola di salvaguardia finalizzata a compensare gli effetti eccedenti le previsioni iniziali, prevedendo una relazione tecnica giustificativa degli stanziamenti di bilancio ed illustrativa delle modalità dinamiche attraverso le quali qualsiasi sopravvenienza potesse essere gestita in ossequio al principio dell'equilibrio del bilancio.

³³ A tal riguardo in G. RIVISECCHI, *Il difetto di copertura di una legge regionale di bilancio: la Corte accelera sul c.d. pareggio*, in *Giur. cost.*, 3/2012, si evidenzia come una significativa apertura si fosse registrata già con la [sent. n. 213/2008](#), con la quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge della Regione Sardegna 28 dicembre 2006, n. 21, recante «*Autorizzazione all'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno 2007 e disposizioni per la chiusura dell'esercizio 2006*», in riferimento ad una questione sollevata dalla Sezione regionale della Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione del bilancio. Nella medesima sede, si citano quali ulteriori precedenti le [sentt. nn. 359/2007](#) e [386/2008](#), con le quali la Corte ha censurato rispettivamente l'articolo 44 della legge della Regione Siciliana 23 dicembre 2002, n. 23, recante «*Norme finanziarie urgenti - Variazione al bilancio della Regione Siciliana per l'anno finanziario 2002 - Seconda misura salva deficit*», e l'articolo 2, comma 7, della legge della Regione Sardegna 28 dicembre 2006, n. 21, recante «*Autorizzazione all'esercizio provvisorio del bilancio della Regione per l'anno 2007 e disposizioni per la chiusura dell'esercizio 2006*», e l'articolo 5 della legge della Regione Calabria 5 ottobre 2007, n. 22, recante «*Ulteriori disposizioni di carattere ordinamentale e finanziario collegate alla manovra di assestamento del bilancio di previsione per l'anno 2007 ai sensi dell'articolo 3, comma 4, della legge regionale 4 febbraio 2002, n. 8*». Pur essendo le norme impugnate in tali sedi inserite in leggi diverse dalla legge regionale di approvazione bilancio, si trattava – secondo l'autore – comunque di provvedimenti assimilabili a tale legge.

³⁴ Così in C. BUZZACCHI, *Copertura finanziaria e pareggio di bilancio: un binomio a rime obbligate?* in [Rivista AIC](#), 4/2012, 8.

³⁵ Sul tema si veda A. BRANCASI, *L'obbligo della copertura finanziaria tra la vecchia e la nuova versione dell'articolo 81 della Costituzione*, cit. La tendenza anticipatoria rispetto all'entrata in vigore della riforma costituzionale si evidenzia già in G. RIVISECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in [Rivista AIC](#), 3/2012, 5 e ss.

³⁶ Così in G. RIVISECCHI, *Il difetto di copertura di una legge regionale di bilancio: la Corte accelera sul c.d. pareggio*, cit., dove si evidenzia come – trattandosi di una legge regionale – sarebbe stato preferibile per il giudice costituzionale appellarsi alla consolidata giurisprudenza per cui legislatore può legittimamente imporre agli enti autonomi vincoli alle politiche di bilancio per ragioni di coordinamento finanziario, purché questi non si traducano in limiti puntuali relativi a singole voci di spesa nei relativi bilanci.

In tal modo, la Corte ha delineato senza indugi il ruolo dell'obbligo di copertura nel rinnovato contesto costituzionale – pur non ancora formalmente operativo – evidenziando come l'equilibrio di bilancio si realizzi attraverso la combinazione di due regole: una regola «*statica*», di parificazione tra le previsioni di entrata e di spesa, e una regola «*dinamica*», che non consente di superare nel corso dell'esercizio gli stanziamenti dallo stesso consentiti³⁷. Si è così censurato l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione “presunto”, ossia per cui la relativa disponibilità ed effettiva entità non sia stata ancora certificata dall'approvazione del rendiconto, a copertura di voci di spesa incluse nel bilancio di previsione³⁸.

Sulla stessa linea, nella [sentenza n. 192/2012](#), la Corte ha rilevato l'impossibilità di far riferimento ad economie realizzate negli esercizi precedenti, per cui occorre invece necessariamente attendere la suggellazione dell'andamento dell'esercizio da parte del bilancio consuntivo³⁹.

³⁷ La Corte ha rilevato come la sottrazione di componenti attive dall'aggregato complessivo (il quale determina il risultato di amministrazione), senza la preliminare verifica di sussistenza dell'avanzo, potesse aggravare gli eventuali saldi negativi del conto consuntivo. Si sarebbe ridotto così il saldo economico – costituito dall'aggregato complessivo costituito dai residui attivi, dai residui passivi e dal fondo di cassa – in misura pari alla risorsa sottratta per la nuova iscrizione nell'esercizio successivo”.

³⁸ La pronuncia riguardava le questioni di legittimità costituzionale promosse dal Presidente del Consiglio dei Ministri in ordine a talune disposizioni della legge regionale 15 marzo 2011, n. 5, recante «*Bilancio di previsione della Regione Campania per l'anno 2011 e bilancio di previsione per il triennio 2011-2013*», successivamente modificata dalla legge regionale 6 dicembre 2011, n. 21, recante «*Ulteriori disposizioni urgenti in materia di finanza regionale*». Nello specifico, con riferimento agli articoli 1, commi 5, 6, 7, 8 e 9, e 5 – che prevedevano l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione “presunto” a copertura finanziaria di voci di spesa del bilancio di previsione – la Corte ha rilevato come l'avanzo di amministrazione costituisca una specie della più ampia categoria del risultato di amministrazione, che – per effetto della somma algebrica tra residui attivi, passivi e fondo di cassa – può avere quale esito l'avanzo, il disavanzo o il pareggio. Un risultato non ancora riconosciuto attraverso l'approvazione del rendiconto dell'anno precedente – denominato, secondo la prassi contabile, appunto “risultato presunto” – consiste in una stima provvisoria, priva di alcun valore giuridico ai fini delle corrispondenti autorizzazioni di spesa. Ne consegue che tale avanzo “presunto” non può essere utilizzato a copertura prima del relativo accertamento, per cui si richiede (come visto) l'approvazione del rendiconto relativo all'esercizio nel quale l'avanzo si è formato. Non potrebbero – secondo la Corte – assumere rilievo nemmeno le fasi intermedie dell'*iter* procedurale che conduce alla formazione dell'avanzo di amministrazione, come la circostanza che la somma invocata quale avanzo di amministrazione fosse quella risultante dal progetto di legge regionale di rendiconto, pur se nella fase avanzata conseguente alla già intercorsa approvazione da parte della Giunta. Si tratterebbe – secondo la Corte – di una mera iniziativa legislativa, che non può certo cristallizzare l'esistenza, giuridica e contabile, delle voci che lo compongono. Le norme censurate riguardavano, oltre che l'utilizzo a copertura dell'avanzo di amministrazione “presunto”, il riferimento a fondi vincolati (in particolare all'articolo 1, comma 5), le implicazioni del principio di copertura finanziaria con riferimento al ricorso al mercato, finanziario e a strumenti finanziari derivati (articolo 5); la declinazione del principio di prudenza con riferimento all'ammontare dello stanziamento inerente ai residui passivi perenti in rapporto all'entità delle somme cancellate (articolo 1, comma 6).

³⁹ La pronuncia in questione origina sempre da un ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri, afferente alcune disposizioni della legge della Regione Abruzzo 10 gennaio 2011, n. 1, recante «*Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2011 e pluriennale 2011-2013 della Regione Abruzzo. Legge Finanziaria Regionale 2011*»), come modificate dall'articolo 3 della legge regionale 23 agosto 2011, n. 35, recante «*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*», a sua volta sostituito dall'articolo 2 della legge della Regione Abruzzo 9 novembre 2011, n. 39, recante «*Disposizioni in materia di entrate*» in relazione all'utilizzazione di economie realizzate in esercizi precedenti per la copertura di nuove e maggiori spese dell'esercizio di competenza (*cf.* articolo 3 della L.R. n. 35 del 2011 e articolo 2 della L.R. n. 39 del 2011), alla duplicazione dell'utilizzo della medesima posta finanziaria a copertura di plurime voci di spesa (*cf.* articolo 11 della L.R. n. 35 del 2011), al collegamento vincolato tra partite di entrata e spesa di parte corrente e al riparto di competenze in materia di copertura finanziaria tra Consiglio e Giunta e apparati amministrativi (*cf.* articolo 31 della L.R. n. 35 del 2011 e articolo 5 della L.R. n. 39 del 2011). Con specifico riferimento alle censure afferenti la violazione della regola di copertura finanziaria, la Corte costituzionale ha reputato fondata la questione avente ad oggetto l'articolo 11, in relazione al fatto che l'importo di 2.000.000,00 di euro, rappresentato dalle economie derivanti dai programmi di attuazione di cui alla legge della Regione Abruzzo 28 aprile 2000, n. 77, recante «*Interventi di sostegno regionale alle imprese nel settore del turismo*», giacenti presso la Finanziaria Regionale Abruzzese, sarebbe stato già utilizzato per 1.200.000,00 di Euro per il finanziamento della valorizzazione dell'Aeroporto d'Abruzzo. Sicché, il finanziamento di 4.000.000,00 di Euro previsto dall'articolo 11 della legge regionale n. 35 del 2011 sarebbe stato coperto solamente nei limiti di 2.800.000,00 di Euro. La Corte ha, così, riscontrato la parzialità della copertura della spesa in misura corrispondente all'incongrua duplicazione, per l'importo di 1.200.000,00 di euro, corrispondente «*alla differenza tra la somma delle imputazioni di spesa e lo*

Riprendendo la ricostruzione del rapporto tra copertura finanziaria ed equilibrio di bilancio di cui alla [sentenza n. 70/2012](#), si è sancito in tal sede come l'utilizzo di fondi, la cui esistenza o entità non risulti ancora attestata dall'approvazione del relativo rendiconto dell'esercizio precedente, rappresenti non solo una violazione dell'obbligo di copertura, ma anche una pratica «*sostanzialmente elusiva della salvaguardia degli equilibri complessivi di bilancio*», in quanto, sottraendo componenti attive senza la previa verifica di sussistenza dell'avanzo, non potrebbe che comportare eventuali saldi negativi del conto consuntivo⁴⁰.

Offrendo una lettura espansiva della regola di copertura finanziaria – per cui quest'ultima, già prima dell'effettiva operatività della riforma costituzionale, avrebbe costituito esplicitazione del più generale principio di equilibrio del bilancio – la Corte ha finito così per valorizzarne la portata anche nel rinnovato contesto costituzionale, anticipando un orientamento successivo volto a censurare quelle tecniche normative e contabili con cui il legislatore prova a celare la mancanza di adeguata copertura, intrinsecamente pericolose per l'equilibrio dei bilanci pubblici.

4. La terza fase: il bilancio come “bene pubblico” e il contrasto alle “leggi proclama”

In un contesto in cui (come visto), già all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, si era evidenziato come la previsione di un vincolo costituzionale di «*equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio*» ponesse innegabili problemi di sindacabilità in sede di giudizio costituzionale, nell'ultimo decennio – in linea con le pronunce susseguitesesi nel biennio 2012-2013 – la Corte ha più volte fatto ricorso al parametro di copertura finanziaria se non quale parametro di giustiziabilità della regola di equilibrio, quale generale presidio a tutela della salute delle finanze pubbliche⁴¹.

Pur non registrandosene applicazioni al bilancio dello Stato, il richiamo all'art. 81, comma 3, ha finito, infatti, per operare come meccanismo di controllo statale sulle decisioni di spesa delle Regioni, per la diretta incidenza dei relativi saldi di bilancio sul rispetto dei vincoli stabiliti a livello europeo⁴².

stanziamento». Ricollegandosi a quanto già sancito nella [sent. n. 70/2012](#), la Corte ha rilevato come una simile prassi pregiudichi l'effettività del risultato di amministrazione, e conseguentemente dell'equilibrio del bilancio, dell'esercizio di pertinenza, implicando una promiscuità delle poste finanziarie attive, con grave pregiudizio dell'attendibilità della contabilità e della solidità degli equilibri finanziari dell'ente.

⁴⁰ Il riferimento è, ad esempio, alla già citata [sent. n. 192/2012](#).

⁴¹ Sul punto si veda A. FONZI, *L'obbligo di copertura finanziaria e l'equilibrio di bilancio. La prevalenza dell'interesse finanziario nelle leggi regionali – proclama*, in [Dirittifondamentali.it](#), fascicolo 1/2020; G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in [Rivista AIC](#), 3/2016; G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit. Il riferimento è alla [sent. n. 197/2019](#), in cui si rileva: «è la correlazione tra la parte dell'entrata e quella della spesa a rendere indefettibile l'indicazione dei mezzi necessari per fronteggiare le spese di esercizio e assicurare «una visione globale del bilancio, nel quale tutte le spese si confrontano con tutte le entrate [così da assicurare] il mantenimento dell'equilibrio complessivo del bilancio presente e di quelli futuri», ribadendo – in totale continuità con le pronunce del biennio 2012-2013 – che: «l'equilibrio presuppone che ogni intervento programmato sia sorretto dalla previa individuazione delle pertinenti risorse: nel sindacato di costituzionalità copertura finanziaria ed equilibrio integrano una clausola generale (...) presidio degli equilibri di finanza pubblica, si sostanzia in una vera e propria clausola generale in grado di colpire tutti gli enunciati normativi causa di effetti perturbanti la sana gestione finanziaria e contabile» o ancora la [sent. n. 146/2019](#), per cui: «tale spesa (...) non può trovare per ciò stesso legittima copertura finanziaria. Essa incide negativamente sull'equilibrio dei bilanci e sulla sostenibilità del debito pubblico, in violazione degli artt. 81 e 97»: si rinvia anche alle [sentt. nn. 184/2016](#), [89/2017](#), [205/2019](#) e [227/2019](#).

⁴² Sul punto, si veda G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit., 3, in cui si evidenzia come una parte consistente delle decisioni degli ultimi anni originino da impugnative di leggi regionali proposte dal Governo, che ha utilizzato spesso il ricorso in via principale quale meccanismo richiamo alla responsabilità di concorrere al raggiungimento degli obiettivi europei per le Regioni, che (come noto) non sono sanzionabili secondo i procedimenti previsti dall'ordinamento europeo. Una simile prassi, indissolubilmente legata a dinamiche (anche) di natura politica, ha determinato, tuttavia, ineguali asimmetrie, per cui identiche violazioni delle regole di finanza pubblica da parte di Regioni non sono state allo stesso modo oggetto di impugnativa statale. Nella medesima sede, si evidenzia come la preponderanza di impugnative da parte del Governo sia dovuta alla regola per cui le Regioni possono

Così, valorizzando l'interconnessione tra i riformati commi 1 e 3 dell'art. 81, il Giudice delle Leggi ha ravvisato nella previsione di interventi non sorretti da adeguate risorse – stimate in maniera credibile e poi coerentemente stanziare – una delle principali cause di «*effetti perturbanti la sana gestione finanziaria e contabile*»⁴³. Come si era già avuto modo di rilevare, difetto di copertura e pregiudizio dell'equilibrio del bilancio rappresentano, secondo la Corte, «*facce della stessa medaglia*», poiché una spesa non coperta si riverbera inevitabilmente sul successivo risultato di amministrazione, peggiorandolo in misura pari all'entrata non realizzabile⁴⁴.

Ma se, con riferimento alla seconda delle due operazioni di copertura – in linea con l'ormai consolidata giurisprudenza – anche nelle pronunce successive alla riforma costituzionale si ritrova la necessità che il finanziamento proposto sia «*credibile, sufficientemente sicuro, non arbitrario o irrazionale*», una ancora maggiore attenzione viene posta alla fase prodromica di stima dell'entità della spesa⁴⁵.

Pur non disconoscendo espressamente il precedente orientamento più cauto – per cui la quantificazione degli oneri finanziari correlati ad un determinato intervento dovrebbe ritenersi «*rimessa al giudizio del Parlamento in sede di approvazione della legge*» (come nella citata [ord. n. 69/1989](#)) – la Corte stigmatizza il ricorso a quelle che vengono definite «*leggi-proclama*», del tutto carenti di soluzioni attendibili e che costituiscono perciò una minaccia non solo l'equilibrio di bilancio, ma anche i meccanismi di controllo democratico, nell'assunto per cui ogni decisione di spesa – il bilancio *in primis* – costituisce «*bene pubblico*», «*funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale*» e a sottoporre «*chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività (...) al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato*»⁴⁶.

Il giudice costituzionale riprende – e approfondisce – per tal via la lettura sostanzialistica di cui alla già citata [sentenza n. 30/1959](#), censurando irragionevoli previsioni di assenza di oneri o addirittura contestando le quantificazioni di spesa effettuate⁴⁷.

evocare parametri di legittimità diversi rispetto a quelli che sovrintendono al riparto di attribuzioni solo laddove la lamentata violazione determini una compromissione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite. Sicché, dimostrare che l'inosservanza delle norme costituzionali sul bilancio da parte del legislatore statale si rifletta negativamente sulle attribuzioni regionali è tutt'altro che agevole. Questa la tesi anche nel saggio di I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale – La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale, Lecce, 14-15 Settembre 2012.

⁴³ Così nella [sent. n. 227/2019](#), su cui si tornerà nel prosieguo. Nel solco dell'ormai consolidata giurisprudenza, anche nelle successivamente alla riforma costituzionale si rinviene la necessità che la copertura finanziaria sia credibile, sufficientemente sicura non arbitraria o irrazionale. Si vedano, a tal proposito, *ex multis* le [sentt nn. 4/2014](#), [68/2014](#), [183/2016](#), [238/2018](#) e [197/2019](#).

⁴⁴ Sul punto, si rinvia alle [sentt. nn. 184/2016](#), [274/2017](#) e [197/2019](#), che paiono riprendere la tesi di G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, Milano, 1995, 115 e ss.

⁴⁵ Si vedano, relativamente a tale profilo, tra le altre le [sentt. nn. 68/2014](#), [183/2016](#), [238/2018](#), [247/2018](#) e [197/2019](#).

⁴⁶ L'espressione si rinviene nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla celebre [sent. n. 184/2016](#). Interessante è la considerazione della Corte successiva a quella ripresa nel testo – a rafforzamento della qualificazione del bilancio quale documento centrale a garanzia dei valori democratici – per cui: «*Il carattere funzionale del bilancio preventivo e di quello successivo, alla cui mancata approvazione, non a caso, l'ordinamento collega il venir meno del consenso della rappresentanza democratica, presuppone quali caratteri inscindibili la chiarezza, la significatività, la specificazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche*». Sul punto, si veda L. ANTONINI, *La Corte Costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in [Rivista AIC](#), 1/2017. La concezione del bilancio quale «*bene pubblico*» o comunque quale strumento di controllo democratico viene enunciata e ripresa anche *ex multis* nelle [sentt. nn. 7/2016](#), [107/2016](#), [89/2017](#), [274/2017](#), [49/2018](#), [18/2019](#) e [105/2019](#).

⁴⁷ Si veda, ad esempio, la [sent. n. 147/2018](#), in cui la Corte rileva come la norma della Regione Campania oggetto del giudizio non contenesse alcuna quantificazione della spesa, pur non potendosi ritenere che non si prevedessero nuove e maggiori spese, dal momento che si istituiva un nuovo servizio sociale regionale, il Servizio di sociologia del territorio, con la presenza di almeno un operatore sociologo per ogni ambito territoriale. D'altra parte – secondo la Corte – in assenza di tale quantificazione della spesa, non avrebbe potuto considerarsi adeguato il rinvio alle risorse

Emblematica, a tal riguardo, è la recente [sentenza n. 227/2019](#), in cui la Corte ribadisce come il rispetto del canone costituzionale di copertura finanziaria non possa garantirsi con la mera corrispondenza numerica degli stanziamenti in parte entrata e spesa, richiedendo una necessaria valutazione sulla *ragionevolezza* dei presupposti giuridici ed economici che ne sorreggono l'iscrizione in bilancio. Contestando la valutazione in ordine alla genericità ed all'assenza di chiarezza nella stima di spesa effettuata dalla Regione Abruzzo, la Corte, da una parte, pone in dubbio l'effettiva assenza di oneri per il primo esercizio di operatività, dall'altra, rileva come una legge così complessa avrebbe dovuto essere corredata «*quantomeno, da un quadro degli interventi integrati finanziabili, dall'indicazione delle risorse effettivamente disponibili, da studi di fattibilità di natura tecnica e finanziaria e dall'articolazione delle singole coperture finanziarie, tenendo conto del costo ipotizzato degli interventi finanziabili e delle risorse già disponibili*»⁴⁸.

Parallelamente al contrasto alle «*leggi-proclama*» – pur non sempre con diretto richiamo al parametro di cui all'articolo 81, comma 3 – il controllo costituzionale sulle stime di spesa e sulle tipologie di coperture ha finito per intersecare, da una diversa angolazione, il sindacato sull'adeguata connessione tra funzioni e risorse⁴⁹.

Così, se con l'abolizione del divieto di stabilire nuovi tributi e nuove spese con la legge di bilancio, i diversi atti legislativi inerenti alla sessione di bilancio sono stati attirati nell'oggetto del controllo di costituzionalità, la Corte è intervenuta in più occasioni a censurare *irragionevoli* e *ingiustificate* previsioni di riduzione lineare dei trasferimenti o delle fonti di entrata a detrimento degli enti territoriali, che avrebbero richiesto da parte del legislatore la predisposizione di misure organizzative o compensative idonee a garantire una diversa copertura degli oneri, la produzione di risparmi di spesa, o una diversa allocazione delle funzioni pubbliche o ancora la partecipazione dei

disponibili per la realizzazione dei piani sociali di zona, in quanto l'ammontare della spesa avrebbe potuto essere superiore a quello delle risorse destinate a tale programma.

⁴⁸ Con la sentenza *de qua*, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Abruzzo 24 agosto 2018, n. 28, recante «*Abruzzo 2019 – Una legge per L'Aquila Capoluogo: attraverso una ricostruzione, la costruzione di un modello di sviluppo sul concetto di Benessere Equo e Sostenibile (BES)*», per difetto di copertura finanziaria, ai sensi dell'articolo 81, comma 3, della Costituzione, dell'articolo 16. In particolare, la legge prevedeva una serie di disposizioni volte a precisare «*l'inquadramento della funzione dell'Aquila Città capoluogo di Regione e del suo territorio nel complessivo assetto della Regione Abruzzo, in attuazione dei principi di solidarietà e di coesione sociale che consentono di perseguire l'armonico ed adeguato sviluppo di tutte le aree della Regione*» (cfr. l'articolo 1); la redazione di «*un programma di investimenti strategici, da realizzarsi nell'arco del periodo finanziario di riferimento*» (cfr. l'articolo 4), che interessavano la «*Funzione di coordinamento e sicurezza del territorio*» (cfr. articolo 8), la «*Cooperazione turistica*» (cfr. articolo 9), l'«*Ambiente*» (cfr. articolo 10), il «*Patrimonio artistico*» (cfr. articolo 11), le «*Attività culturali e sportive*» (cfr. articolo 12), la «*Perdonanza Celestiniana*» (cfr. articolo 13). La Corte, in particolare, ha osservato come: «*Emerge da tale espressione, se confrontata con elementari canoni dell'esperienza amministrativa, l'“irrazionalità” che la costante giurisprudenza di questa Corte individua come qualificazione primaria del difetto di copertura, il quale sussiste non solo quando una iniziativa onerosa non trova corrispondenza quantitativa nella parte spesa, ma anche quando in sede normativa si statuisce – in contrasto con i canoni dell'esperienza – che una complessa elaborazione organizzativa e progettuale non produce costi nell'esercizio anteriore a quello in cui si prevede l'avvio delle conseguenti realizzazioni*».

⁴⁹ Sul punto, si veda G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. Un “mite” tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, in [Rivista AIC](#), 4/2019, 340-343, in cui si evidenzia come – prima della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 – il principio di connessione sia stato raramente oggetto di controllo di costituzionalità. Quali isolati esempi si citano, in tal sede, la [sent. n. 92/1981](#), con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità – proprio per violazione dell'obbligo di copertura di cui all'articolo 81, comma 4 della Costituzione – di una disposizione di legge statale che gravava i Comuni di nuove o maggiori spese senza indicare i mezzi per farvi fronte, e la successiva [sent. n. 307/1983](#), con cui la Corte ha annullato una legge statale – in questo caso con riferimento agli artt. 117 e 119 Cost. prima ancora che dell'obbligo di copertura – che scaricava il peso della spesa prevista sui bilanci delle Regioni, senza provvedere a fornire a quest'ultime le necessarie risorse. Allo stesso modo – anche successivamente alla modifica dell'articolo 119, comma 4 della Costituzione di cui alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 – il principio di connessione abbia faticato a imporsi nella giurisprudenza della Corte, che anzi ha statuito come la contrazione di risorse potesse essere pur sempre compensata dagli stessi enti destinatari di trasferimenti o di compartecipazioni al gettito, per cui – soltanto laddove tale rimodulazione non fosse in alcun modo possibile (cfr. [sentt. nn. 29/2004](#), [145/2008](#), [155/2006](#)), gli enti territoriali coinvolti avrebbero potuto beneficiare di una dichiarazione di incostituzionalità.

privati al relativo finanziamento.

In tal senso può leggersi la [sentenza n. 188/2015](#), in cui si dichiara l'illegittimità di una legge regionale piemontese, nella parte in cui, aveva disposto in modo irragionevole e sproporzionato – e in assenza di alcun piano di riorganizzazione – una riduzione delle dotazioni finanziarie storiche per l'esercizio delle funzioni conferite agli enti provinciali. Pur constatando che *«decisioni di natura politico-economica (...) sono costituzionalmente riservate alla determinazione dei governi e delle aule assembleari (...) frutto di un'insindacabile discrezionalità politica»* – con richiamo ai principi di cui alla [sentenza n. 260/1990](#) – il Giudice delle leggi ribadisce, in tal sede, il netto rifiuto alla sussistenza di *«un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi»*. Rilevato che la riduzione dei fondi destinati agli enti territoriali sarebbe stata determinata in maniera apodittica ed in assenza di adeguata relazione tecnica, si contesta, facendo leva sui principi di buon andamento e di ragionevolezza, la stima effettuata dalla Regione, rilevando che *«ogni stanziamento di risorse deve essere accompagnato da scopi appropriati e proporzionati alla sua misura [e che] [i]l principio di buon andamento implica, da un lato, che le risorse stanziare siano idonee ad assicurare la copertura della spesa, (...), e, dall'altro, che dette risorse siano spese proficuamente in relazione agli obiettivi correttamente delineati (...)»*.

Allo stesso modo (sempre per rimanere in via esemplificativa) nella [sentenza n. 10/2016](#), in cui viene censurata nuovamente una riduzione di stanziamenti agli enti territoriali da parte della Regione Piemonte, la Corte – pur appellandosi ancora una volta ai principi di buon andamento e di ragionevolezza – è sembrata in questo caso accennare espressamente alle operazioni di copertura, sostenendo che: *«l'esistenza di oneri nascenti dal contenuto della legge determina la necessità dell'indicazione dei mezzi finanziari per farvi fronte. Verrebbe altrimenti disatteso un obbligo costituzionale di indicazione al quale il legislatore, anche regionale, non può sottrarsi, ogni qual volta esso preveda attività che non possano realizzarsi se non per mezzo di una spesa»*.

Ribadito il rifiuto alla possibilità di configurare una *«rigida garanzia quantitativa»*, oltre la quale le riduzioni dei trasferimenti o delle compartecipazioni debba ritenersi automaticamente costituzionalmente illegittima, la Corte ha fatto salve tali riduzioni, fintanto che non rendano impossibile lo svolgimento delle funzioni attribuite agli enti territoriali medesimi ovvero pregiudichino – pur nell'intento di garantire un temporaneo miglioramento dei saldi a livello statale – l'equilibrio tendenziale dei singoli enti territoriali ma, con esso, anche di riflesso quello complessivo⁵⁰.

In una prospettiva più ampia, la necessità che la stima degli oneri afferenti un determinato intervento non sia lasciata incerta nell'*an* e nel *quantum* viene, in altre circostanze, ricollegata all'esigenza di apprestare adeguati strumenti di garanzia dei diritti, la cui effettività dipende in

⁵⁰ Al riguardo, in G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, cit., 346-347, si rileva come l'assenza di una garanzia di tipo quantitativo sancita a livello costituzionale non impedisca però che la misura di tale garanzia sia individuata dalla legge ordinaria ma, soprattutto, che l'assegnazione di competenze a livello territoriale non sia ricollegabile ad una qualche forma di quantificazione *«metodologicamente ed economicamente corretta degli oneri finanziari necessari ad assolverle»* o che – in altre parole – consenta di calcolare i costi di erogazione di determinati servizi o l'esercizio di funzioni amministrative. Secondo tale logica dovrebbe leggersi – a parere dell'autore – il d. lgs. 26 novembre 2010, n. 216, recante *«Disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di Comuni, Città metropolitane e Province»*, ma anche il successivo d.l. n. 78/2015, recante: *«Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali»*, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2015, n. 125, che propone un'applicazione dei criteri di riparto perequativi fondati sulla differenza tra fabbisogni standard e capacità fiscale ancora territorialmente frammentata, oltretutto diversificata a seconda del tipo di funzioni amministrative considerate. In tal sede, si osserva però come – anche quando tali nuovi parametri entreranno a regime (a partire dal 2021) – la relativa applicazione sarà limitata comunque ad una quota parte pari alla metà dei trasferimenti del Fondo di solidarietà comunale basati sulla spesa storica e, in ogni caso, non riguarderà Province e Città metropolitane. Si vedano, sul principio di connessione tra funzioni e risorse, oltre alle pronunce citate nel corpo del testo, anche le [sentt. nn. 155/2015](#), [205/2016](#), [169/2017](#), [84/2018](#), [137/2018](#) e [83/2019](#).

prima battuta dalla certezza delle disponibilità finanziarie e non può essere sacrificata in ragione di vincoli finanziari⁵¹.

Se l'introduzione dei nuovi parametri ha posto il Giudice delle leggi al centro della *vexata questio* sul rapporto tra equilibrio delle finanze pubbliche e garanzia dei diritti – pur a fronte di qualche significativa apertura alla prevalenza delle istanze di tutela a discapito degli equilibri finanziari, che vede nella [sentenza n. 70/2015](#) l'esempio più eclatante – si è delineata nella giurisprudenza costituzionale la necessità di effettuare, fermo il nucleo intangibile dei diritti fondamentali più strettamente collegati alla dignità umana, un «*bilanciamento ineguale*» tra attuazione dei diritti sociali di prestazione e scarsità delle risorse disponibili⁵².

Così la celebre statuizione per cui «*è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*» – nel contesto in cui è inserita – non pare doversi intendere quale rappresentazione di un'inconciliabile antitesi tra esigenze di bilancio e garanzia dei diritti, che anzi devono divenire entrambe oggetto di bilanciamento, vincolando il legislatore – consapevole del limite delle risorse disponibili – a scelte «*coerenti, preordinate a bilanciare molteplici valori di rango costituzionale*»⁵³.

Una ricostruzione in questi termini pare confermata dalla stessa Corte nella successiva [sentenza n. 192/2017](#), per cui la garanzia dei diritti costituzionalmente protetti richiede «*certezza delle disponibilità finanziarie*», sicché – pur ammettendo l'esistenza di inevitabili condizionamenti dovuti alla scarsità delle risorse finanziarie disponibili – non ne può essere compromesso il nucleo essenziale. Allo stesso modo, anche nella [sentenza n. 62/2020](#) – evocata in premessa – si ribadisce come «*una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo [il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, esso] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali*» (*sentenza n. 275 del 2016*)», ribadendo la necessità che il relativo finanziamento sia «*programmato, corretto e aggiornato*».

Ma una simile chiave di lettura pare – a ben vedere – potersi applicare anche alla già citata [sentenza n. 70/2015](#), in cui la Corte solo apparentemente sembra far prevalere le esigenze di adeguatezza delle prestazioni previdenziali su quelle di contenimento della spesa pubblica,

⁵¹ Questa l'osservazione riportata nel già citato contributo sul tema di A. FONZI, *L'obbligo di copertura finanziaria e l'equilibrio di bilancio. La prevalenza dell'interesse finanziario nelle leggi regionali* – proclama, cit.

⁵² In questi termini, si veda S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 13, ove si riprende M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in: *Studi in onore di Manlio Mazzioni di Celso*, Padova 1995, 126, ma anche C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 370 e ss.; D. BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 175 e ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2011, 491 e ss. Nell'ampissima letteratura sul tema, sia consentito rinviare anche a F. SAITTO, «Costituzione finanziaria» ed *effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore»*, in [Rivista AIC](#), 1/2017; F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in: *Giurisprudenza Costituzionale*, 6/2016, 2498 e ss.; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2014, 79 e ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali* – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC, in [Rivista AIC](#). La giurisprudenza costituzionale degli ultimi sul rapporto tra vincoli di bilancio e garanzia dei diritti è molto ampia. Tra le tante, si rinvia – a titolo esemplificativo – alle [sentt. nn. 10/2015, 70/2015, 188/2015](#).

⁵³ Si veda, a tal riguardo, la celebre [sent. n. 275/2016](#). In commento, si vedano tra i tanti gli studi di A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017; E. FURNO, [Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili](#), in questa [Rivista 2017/I](#), 105 e ss.; L. MADAU, «*È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*», in [Osservatorio AIC](#), 2017; A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in [Federalismi.it](#), 2017; R. CABAZZI, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Le Regioni*, 2017; L. ARDIZZONE – R. DI MARIA, *La tutela dei diritti fondamentali ed il "totem" della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali (brevi riflessioni a margine di Corte cost., sent. 275/2016)*, in *Diritti Regionali*, 2017, 173 e ss.

censurando, invece, proprio l'operazione di bilanciamento tra tali esigenze⁵⁴.

In tale scenario, la genesi delle decisioni di spesa – delle manovre finanziarie *in primis* – rappresenta la sede privilegiata in cui, una volta individuate priorità in linea con i valori costituzionali, effettuare un bilanciamento che contemperi in maniera *non irragionevole* rispetto dei parametri di bilancio e obiettivi prefissati⁵⁵. Così, anche con riferimento alle previsioni di stime degli oneri, siano esse effettuate in ragione di un intervento legislativo o nel momento della predisposizione di un capitolo di bilancio, il canone di *ragionevolezza* diviene limite sostanziale alla discrezionalità del legislatore, il cui rispetto è sindacabile in sede di controllo di legittimità costituzionale, in via incidentale, ma soprattutto in via principale⁵⁶.

Ed proprio sul terreno di tali ponderazioni che la Corte è intervenuta valutando la legittimità costituzionale dei bilanciamenti posti in essere dal legislatore. Un ruolo centrale è stato (e potrà essere svolto più spesso in futuro), a tal riguardo, dalla relazione tecnica, che – ai sensi dell'articolo 17 della l. 31 dicembre 2009, n. 196 – deve accompagnare i disegni di legge, gli schemi di decreto legislativo, gli emendamenti di iniziativa governativa che comportino conseguenze finanziarie, indicando la quantificazione delle entrate e degli oneri recati da ciascuna disposizione correlata alle relative coperture ed agli effetti sull'andamento dei saldi rilevanti ai fini del rispetto dell'obiettivo di medio termine concordato in sede europea⁵⁷. Una relazione tecnica che si fondi su stime

⁵⁴ Nella citata [sent. n. 70/2015](#), la Corte ha ritenuto, infatti, che il legislatore avesse sacrificato l'interesse dei pensionati e «*in particolar modo di quelli titolari di trattamenti previdenziali modesti*» a vedere salvaguardato il proprio potere di acquisto in nome di contrapposte esigenze finanziarie di risparmio di spesa, che però non sarebbero state «*illustrate in dettaglio*». Il giudice costituzionale ha rilevato, in tal sede, come, affinché sia osservato il principio di ragionevolezza – principio cardine del sistema, anche con riferimento alle scelte finanziarie – gli interventi legislativi che si prefiggano di ottenere eventuali risparmi di spesa debbano essere accuratamente motivati, ossia sostenuti da valutazioni della situazione finanziaria basate su dati oggettivi. Al riguardo, occorre anche fare riferimento alla [sent. n. 250/2017](#), in cui la Corte ha rilevato come – nell'esercizio della propria discrezionalità – il legislatore sia chiamato a bilanciare, proprio «*secondo criteri non irragionevoli, i valori e gli interessi costituzionali coinvolti*», per cui, da un lato, l'interesse dei pensionati a preservare il potere di acquisto dei propri trattamenti previdenziali, dall'altro, le esigenze finanziarie e di equilibrio di bilancio dello Stato, non eludendo – e qui si torna a quanto enunciato nella precedente [sent. n. 70/2015](#) – il limite della ragionevolezza. Ma – a contrario di quanto rilevato in tal sede – nella [sent. n. 250/2017](#), il giudice costituzionale ha ritenuto che le disposizioni in tal sede impugnate fossero frutto di scelte *non irragionevoli* da parte legislatore. La Corte ha osservato, infatti, come scopo dell'intervento oggetto di giudizio fosse in tal sede proprio quello di «*dare attuazione ai principi enunciati nella sentenza della Corte costituzionale n. 70 del 2015, nel rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio e degli obiettivi di finanza pubblica, assicurando la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale*», così come dettagliatamente illustrato in sede sia di relazione accompagnatoria, sia di relazione tecnica e sia di documento di verifica delle quantificazioni relative al disegno di legge di conversione di tale decreto, in cui sono riferiti i dati contabili che confermano l'impostazione seguita dal legislatore, nel quadro delle regole nazionali e europee. Alla luce di tali documenti allegati – ha concluso la Corte – «*emergono con evidenza le esigenze finanziarie di cui il legislatore ha tenuto conto nell'esercizio della sua discrezionalità*» e risulta che «*nell'attuazione dei principi di adeguatezza e di proporzionalità dei trattamenti pensionistici tali esigenze sono preservate attraverso un sacrificio parziale e temporaneo dell'interesse dei pensionati a tutelare il potere di acquisto dei propri trattamenti*».

⁵⁵ Sul punto, si veda la [sent. n. 124/2017](#), ma anche di uguale tenore la seguente n. 169/2017. In G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, cit., 22, si rimanda, a tal riguardo, anche a quanto riconosciuto dalla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per il Veneto nella delibera n. 426/2017 (rel. Dimita), in cui, nel dare applicazione a quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 275/2016](#), si sostiene: «*entrambe le esigenze suddette – quella di preservare l'equilibrio di bilancio degli enti locali e quella di garantire l'effettività dei servizi al cittadino – devono essere soddisfatte attraverso la corretta programmazione e lo stanziamento di risorse finanziarie certe e sufficienti*».

⁵⁶ Si faccia riferimento, a riguardo, allo studio sul tema di L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalidabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2016, 2339 e ss.

⁵⁷ Si vedano, ad esempio, le [sentt. nn. 190/2014](#), [133/2016](#) e [5/2018](#). Si segnala, al riguardo, l'articolo 17, comma 6-bis, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, per cui – anche per le disposizioni che prevedano la c.d. clausola di neutralità finanziaria – la relazione tecnica è comunque tenuta a riportare la puntuale valutazione degli effetti derivanti dalle singole disposizioni per cui è prevista tale clausola, i dati e gli elementi idonei a suffragare l'ipotesi di invarianza degli effetti sui saldi complessivi di finanza pubblica, attraverso l'indicazione dell'entità sia delle risorse già esistenti nel bilancio e sia delle relative unità gestionali, utilizzabili per le finalità indicate dalle disposizioni medesime anche

generiche o valutazioni apodittiche è divenuta in più occasioni indizio dell'*irragionevolezza* delle stime di spesa, pur non costituendo presunzione assoluta dell'inadeguatezza delle risorse stanziare, per cui occorre considerare anche l'arco temporale su cui insiste il provvedimento proposto ovvero l'effettiva complessità delle innovazioni legislative⁵⁸.

Ma se in tal modo si è evitato che il rispetto dei parametri di finanza pubblica venisse a configurarsi come principio rango super-costituzionale, immune ad ogni bilanciamento con altri valori – fra tutti il canone di ragionevolezza – occorre al contempo accettare che la Corte si ingerisca in scelte, un tempo considerate prerogativa delle assemblee legislative⁵⁹.

5. *Considerazioni conclusive: verso uno sconfinamento oltre i limiti esterni del sindacato costituzionale?*

Il breve *excursus* di cui sopra ha voluto mettere a fuoco come la regola di copertura finanziaria abbia costituito, sin dai primi anni di attività della Corte, il principale parametro atto a garantire la giustiziabilità costituzionale delle decisioni di spesa del legislatore. D'altra parte, anche a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, complice senz'altro un atteggiamento "anticipatorio" assunto nel biennio 2012-2013, il controllo di costituzionalità sulle decisioni di spesa, assunte anche nel contesto delle manovre di bilancio regionali, ha spesso tratto origine – pur a fronte di nuovi parametri cui far riferimento – dalla necessità di dare soluzione a questioni inerenti l'adeguatezza delle operazioni di quantificazioni degli oneri e delle relative modalità di copertura.

Seppur nel dibattito dottrinale – come autorevolmente sostenuto – il tema della copertura finanziaria sia «*negli anni recenti (...) sparito*», esso merita (a parere di chi scrive) di essere considerato in un'ulteriore dimensione, alla luce della sempre maggiore attenzione che – nell'intento di coniugare rispetto dei parametri di bilancio ed effettività dei diritti – il Giudice delle Leggi ha dedicato alle stime di spesa⁶⁰.

L'analisi delle decisioni dell'ultimo decennio ha mostrato, infatti, come la Corte abbia progressivamente ampliato l'oggetto del proprio sindacato, soffermandosi con una sempre maggiore analiticità anche sulla prima delle due operazioni di copertura, inerente alla quantificazione dei costi. Complice la stretta sulle regole di finanza pubblica e la correlata tendenza a proporre riduzioni lineari degli stanziamenti, il problema dell'attendibilità delle operazioni di quantificazione degli oneri si è, infatti, imposto sempre più spesso alla valutazione del Giudice delle Leggi.

Le decisioni di spesa, originariamente concepite come libere nel fine, hanno assunto in tale prospettiva i caratteri di scelte «*costituzionalmente orientate*», da una parte, alla garanzia delle prestazioni connesse ai diritti incompressibili, dall'altra, al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in sede europea⁶¹.

attraverso la loro riprogrammazione. Sulla natura dell'art. 17 della citata legge di contabilità si rinvia a S. SCAGLIARINI, *La relazione tecnico-finanziaria delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 1589 e ss., ove si evidenzia come appaia difficile sostenerne la natura di norma interposta, atteso che – come chiarito anche dalla Corte nella citata [sent. n. 26/2013](#) – tale norma sarebbe meramente dichiarativa di obblighi per il legislatore già sanciti dal precetto costituzionale di cui all'articolo 81.

⁵⁸ Si veda la [sent. n. 124/2017](#). Sul punto, si rinvia a quanto sostenuto nel già citato contributo – sul sindacato in merito alla connessione tra funzioni e risorse – di G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. Un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, cit., 10.

⁵⁹ In G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, cit., 22, si evidenzia come l'ottica della Corte rimanga quella di «*contemperare*» equilibrio di bilancio e tutela di diritti fondamentali che, altrimenti, «*rischierebbero di contrapporsi senza via d'uscita, ma che, se letti esclusivamente attraverso un certo prisma ideologico, [avallerebbero] una "tirannia" di alcuni su altri, anziché un loro equo bilanciamento*».

⁶⁰ L'osservazione si ritrova nella trascrizione dell'intervento dell'attuale Presidente della Corte Costituzionale M. CARTABIA, *Le questioni con rilevanza economica*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e l'economia*, Atti del ciclo di incontri tra giudici costituzionali, economisti, giuristi.

⁶¹ Così in L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2013, 151, ove si rileva come la linea di politica economica debba essere quella delineata

Sicché, abbandonato l'originario approccio di tendenziale cautela, le operazioni di allocazione delle risorse sono state sempre più spesso sottoposte ad un rigoroso *test* di ragionevolezza, che ha assunto via via i caratteri di un peculiare scrutinio sulla sussistenza di un vizio di eccesso di potere da parte del legislatore⁶².

Non è questa la sede per soffermarsi sulle diverse accezioni con cui il canone di ragionevolezza è stato inteso nella storia della giurisprudenza costituzionale – talvolta associandolo ai concetti di *non-arbitrarietà*, *coerenza*, *non contraddizione*, *logicità*, *irrazionalità* – fintanto che lo stesso Paladin osservava come il sindacato su tale principio assumesse «*caratteristiche fortemente eterogenee*», rischiando di aprire la strada ad un possibile arbitrio da parte del Giudice delle leggi⁶³.

Ma se sino ad ora la Corte si è limitata – per utilizzare un'espressione ben nota alla giustizia amministrativa – a confinarsi entro un controllo dichiaratamente “estrinseco” sulla congruità delle decisioni di allocazione delle risorse, nell'ottica di espungere dall'ordinamento previsioni presentate come *manifestamente irragionevoli*, l'indeterminatezza di tale parametro – specie se applicato a dati numerici – rischia di determinare un'eccessiva opacità dei confini della giurisdizione costituzionale, con un'ingerenza del Giudice delle leggi in valutazioni, in un tempo non molto lontano, ritenute prerogativa intangibile dei decisori politici.

Al tal riguardo, si sono in più sedi evidenziate le criticità di un crescente attivismo del Giudice delle leggi quanto alle scelte di allocazione delle risorse, con uno sconfinamento oltre i limiti esterni del sindacato costituzionale, che ai sensi dell'articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, esclude – come noto – «*ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*»⁶⁴.

D'altro canto, nel tentativo di assicurare una qualche forma di giustiziabilità alle regole di finanza pubblica, il giudice costituzionale si è trovato più che in passato innanzi alla necessità di confrontarsi con valutazioni economico-finanziarie, che richiedono spesso l'ostensione di dati contabili.

Ma la Corte costituzionale – istituita originariamente come “giudice delle leggi” non certo come “giudice dei conti” – non pare disporre di adeguati strumenti istruttori o organi di supporto per effettuare un controllo quantitativo-contabile dei dati economici alla base delle decisioni degli organi legislativi, che invece si servono abitualmente di appositi uffici di bilancio.

Al riguardo, si è di recente ragionato sull'opportunità di arricchire l'istruttoria della Corte non solo per favorire una maggiore attenzione «*alla dimensione concreta di tutti gli interessi in gioco*», ma anche per rafforzare – a livello motivazionale – le argomentazioni alla base di una decisione di

dalla Costituzione, per cui – una volta individuati gli obiettivi non è nella libera scelta del legislatore sacrificarne alcuni, tanto più in tempo di crisi, quando «*si fa anzi più rigoroso e stringente l'obbligo di impiegare le risorse disponibili secondo le priorità indicate dalla Costituzione e distinguere le destinazioni di fondi costituzionalmente doverose da quelle consentite o addirittura vietate*».

⁶² Così in F. SAIITO, “Costituzione finanziaria” ed *effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore»*, cit., 37, ove si riprende F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, Giappichelli, 2008, 34. Con riferimento alla già citata [sent. n. 70/2015](#), si rinvia da ultimo B. BRANCATI, *I “deficit strutturali” del giudice costituzionale nelle decisioni sulla crisi. Considerazioni svolte su alcuni casi in materia pensionistica tratti dalla giurisprudenza italiana e portoghese*, online: [Federalismi.it](#); 30 dicembre 2016, ma, più in generale, si veda anche S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge: profili teorici e giurisprudenziali*, CEDAM, 2008, 301 e ss. e 428 e ss. Si faccia riferimento anche all'ultimo paragrafo del recente contributo di G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. un “mite” tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, cit., 35 e ss.

⁶³ Sul punto, si rinvia allo studio di L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, cit., 9, ove si confrontano le visioni di G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 e ss., A. CELOTTO, *Razionalità vs. ragionevolezza nel controllo di costituzionalità (a margine di un concorso dichiarato incostituzionale per la terza volta)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 3714 e ss.; P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici, Atti del VII Convegno nazionale SISDIC*, Napoli, ESI, 2013, 467 e ss. Nella medesima sede, si fa riferimento a L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in: *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997, 902-903.

⁶⁴ Così si esprimeva, peraltro, già A. PIZZORUSSO, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, in: *Rivista di diritto processuale*, 1990, 262 e ss.

rigetto o di accoglimento.

In disparte la valutazione circa l'opportunità di costituire un'apposita struttura di supporto nell'analisi di documenti contabili, è stato, infatti, in più occasioni evidenziato il raro impiego dei mezzi istruttori comunque previsti dalla legge 11 marzo 1953, n. 87, attribuito ad una sorta di inerte «*affidamento*» del giudice costituzionale ad una «*interessata collaborazione delle parti*», sulle quali tendenzialmente si intende far gravare l'onere di provare l'impatto finanziario (o la mancanza di impatto finanziario) delle norme contestate⁶⁵.

La prassi più frequente è stata, infatti, quella di acquisire i dati necessari dalla documentazione depositata dalle parti costituite o al più di servirsi degli approfondimenti curati dagli uffici dei giudici relatori⁶⁶.

La vicenda oggetto della pronuncia evocata in premessa a tal proposito rappresenta, infatti, un caso piuttosto isolato, originando da una richiesta istruttoria formulata in seno alla [sentenza n. 197/2019](#), in cui la Corte aveva rilevato come l'approfondimento delle ulteriori difese della Regione Siciliana in merito all'adeguatezza del Fondo sanitario regionale richiedesse alcuni chiarimenti e la presentazione di documentazione a supporto⁶⁷.

Ciò detto, se il maggiore attivismo del Giudice delle Leggi è probabilmente da ricollegarsi ad un

⁶⁵ Quanto all'utilizzo dei poteri istruttori nei giudizi di legittimità costituzionale sulle leggi di spesa, si veda il recente studio CAREDDA M., *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica. Il giudice delle leggi prima e dopo la crisi*, Torino, 2019, 167 e ss. La letteratura sui poteri istruttori della Corte è ampia – senza alcuna pretesa di completezza in questa sede – sia consentito, come anche nello studio citato, rimandare a G. A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del "fatto" nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 245-268; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in: *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, 1045-1071; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1335-1362; A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in: *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1497-1503. A riguardo in G. RAGONE, *L'attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, in [Rivista AIC](#), 1/2020, 231, si riprende quanto osservato in M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D'AMICO – F. BIONDI (a cura di), *La Corte Costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 50, ove si evidenzia come nel sessantennio compreso tra il 1956 e il 2016 la Corte costituzionale abbia pronunciato soltanto 93 ordinanze istruttorie. Considerando anche quelle disposte dal 2016 ad oggi – in tal sede – si evidenzia come il numero complessivo di ordinanze istruttorie adottate dalla Corte risulti tutt'ora inferiore a 100.

⁶⁶ Sul punto si vedano ancora CAREDDA M., *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica. Il giudice delle leggi prima e dopo la crisi*, cit., 168-169 nonché la dottrina *ivi* citata.

⁶⁷ Il giudizio in questione riguardava diverse norme della legge della Regione Sicilia 8 maggio 2018, n. 8, recante «*Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2018. Legge di stabilità regionale*» rispetto agli articoli 81, terzo comma, 117, commi secondo, lettera m), e terzo, e 119 della Costituzione. Con la [sent. n. 197/2019](#), dopo aver dichiarato le questioni riguardanti gli articoli 34 e 35 della suddetta legge proprio per difetto di copertura finanziaria, la Corte ha riservato «*a separate pronunce*» la decisione sulle questioni circa gli articoli 31, 45 e 99, poiché tale decisione necessitava – secondo la Corte – di apposita istruttoria. Nello specifico, per quanto concerne i citati articoli 45 e 99 che – secondo la Presidenza del Consiglio dei Ministri, avrebbero introdotto nuove voci di spesa in assenza di idonea copertura finanziaria – la sentenza ha affermato che «*le opposte posizioni delle parti possono essere correttamente valutate solo con l'approfondimento di alcuni elementi*», tra cui dati relativi sull'uso dei fondi strutturali. Quanto al citato articolo 31, relativo alle modalità di finanziamento delle spese sanitarie regionali, secondo la difesa statale, la previsione avrebbe contrastato con gli articoli 81, terzo comma e 117, commi secondo, lettera m) e terzo della Costituzione, nella misura in cui veniva prevista la retrocessione delle accise a favore della Regione, in assenza di un contestuale incremento della compartecipazione regionale alla spesa sanitaria rispetto alla quota del 49,11 per cento prevista dalla legislazione vigente, con conseguenti oneri a carico del bilancio dello Stato, privi di copertura finanziaria. In aggiunta, la maggiore spesa sanitaria da accantonare o da destinare al ripianamento del debito pubblico regionale sarebbe andata a pregiudicare, sempre secondo la difesa statale, la garanzia dei LEA. Sicché, la Corte ha fatto espressa richiesta sia al Governo sia alla Regione siciliana di fornire indicazioni analitiche dei flussi finanziari destinati alla copertura dei LEA in materia sanitaria. In commento all'ordinanza istruttoria in questione, si veda lo studio G. RAGONE, *L'attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, cit.

tentativo di supplire alla mancanza di efficaci meccanismi di controllo sulle decisioni di spesa, rimane attuale chiedersi se – anche alla luce delle descritte criticità con riferimento alla disponibilità di un’adeguata *expertise* e di idonei mezzi istruttori – sia opportuno lasciare unicamente alla Corte il difficile (ma necessario) compito di salvaguardare le esigenze di equilibrio delle finanze pubbliche e al contempo di farsi «*arbitro*» di ultima istanza delle scelte di programmazione finanziaria e di allocazione delle risorse, a tutela dei principi costituzionali⁶⁸.

⁶⁸ Così in M. D’ONGHIA, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1/2018, 93 ss., 95. Quanto all’assenza di adeguati meccanismi di controllo dell’attività di spesa del Governo nell’ordinamento italiano, se confrontato con altri ordinamenti, si veda il contributo di E. D’ALTERIO, *Finanza pubblica e amministrazione: «verifiche» e «bollino» della Ragioneria Generale dello Stato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 4/2016, 1009 e ss., in cui si rileva come il panorama comparato offra spunti significativi a riprova dell’inadeguatezza del sistema italiano, in cui i compiti di controllo sono svolti Corte dei conti (organo di natura giudiziaria, titolare di funzioni ausiliarie rispetto al governo e concentrato, a livello centrale, soprattutto sui controlli di legittimità). In tal sede, si evidenzia come, ad esempio, nel modello britannico i principali «*contrappesi*» all’esercizio del potere di spesa da parte del governo siano rappresentati dal *National Audit Office — Nao* e dal *Committee of Public Accounts — Pac*. Ancora, il modello francese, invece, presenta i controlli della *Cour de discipline budgétaire et financière*, della *Cour des comptes* e del *Parlamento*. Tra questi, il ruolo più importante è svolto dalla *Cour des comptes*, che, oltre al «*contrôle des comptes des comptables publics*» e al «*contrôle de la gestion*», «certifica» i conti dello Stato, secondo una procedura più approfondita della parificazione della Corte dei conti italiana, che prevede «*contrôle de la sincérité des comptes*» con lo scopo di fornire «*une assurance supplémentaire de disposer d’une comptabilité générale fiabilisée*». Sempre nel modello francese, tra il Parlamento e la *Cour des comptes* sono previste forme di interazione, per cui la Corte partecipa alle audizioni svolte dal primo e al lavoro del *Comité d’évaluation et de contrôle*. Anche la valutazione dell’entità e dell’adeguatezza delle coperture è direttamente rimessa alla *Cour des comptes*, che è chiamata ad emettere la c.d. «certificazione». Sull’evoluzione del sistema dei controlli contabili da parte della Corte dei Conti nell’ordinamento italiano, si rinvia – senza pretesa di completezza – agli studi di F. CAPALBO (a cura di), *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti*, Napoli, 2018; L. BUFFONI – A. CARDONE, *I controlli della Corte dei conti e la politica economica della Repubblica: rules v. discretion*, in *Le Regioni*, n. 4/2014; A. CAROSI, *La Corte dei conti nell’ordinamento italiano*, in *Diritto e Società*, 2013; D. MORGANTE, *I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei conti nel d.l. 174/2012*, cit..

Chiara Graziani

Libertà di culto e pandemia (Covid-19): la Corte Suprema degli Stati Uniti divisa*

ABSTRACT: This work examines the decision of the U.S. Supreme Court *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Gavin Newsome, Governor of California et al.*, 590 U.S. (2020), dealing with the balance between freedom of worship and the protection of public health during the Covid-19 pandemic. The analysis also takes into consideration the case law of other U.S. courts on the same topic as well as a brief comparative overview on how courts of other jurisdictions decided similar cases during the ongoing public health emergency.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Covid-19 e gli Stati Uniti: le risposte della Federazione e degli Stati. – 2.1. Le misure federali. – 2.2. Le misure degli Stati federati. – 3. Il caso *South Bay United Pentecostal Church*. – 3.1. La posizione della Corte Suprema degli Stati Uniti. – 3.2. L’opinione dissenziente. – 4. Libertà di culto vs. tutela della salute nelle altre corti statunitensi: una rassegna. – 5. Brevi cenni comparati. – 6. Qualche osservazione conclusiva.

1. Introduzione

Il 29 maggio 2020 la Corte Suprema degli Stati Uniti si è pronunciata sulla normativa californiana, adottata in reazione al diffondersi del Covid-19, relativa ai luoghi di culto. In un primo momento, le disposizioni in parola vietavano in maniera assoluta l’accesso agli edifici sacri e lo svolgimento delle cerimonie religiose, mentre, successivamente ad alcune modifiche, vi ponevano limitazioni e contingentamenti.

La decisione ha visto la spaccatura tra le due “anime” della Corte Suprema federale statunitense, quella *liberal* e quella conservatrice, con il *casting vote* del *Chief Justice* Roberts che è stato, di fatto, determinante per l’esito della vicenda, conclusasi con il rigetto del ricorso.

Non solo la pronuncia *South Bay United Pentecostal Church* insiste su un tema, quello della libertà religiosa – nella sua declinazione come libertà di culto –, che si pone al cuore del costituzionalismo statunitense, ma si tratta anche del primo caso in cui la Corte Suprema ha accettato di pronunciarsi, con motivazione, sulle limitazioni dei diritti e delle libertà costituzionali dovute alla normativa anti-Coronavirus¹.

La sentenza si inserisce in un contesto emergenziale molto complesso, per alcuni aspetti senza precedenti, ossia quello della presente pandemia. In tale quadro, svariate libertà (nel caso di specie, quella di culto) sono poste in tensione con la tutela del diritto alla salute, dinanzi ad un nemico, il virus, il cui “schema d’attacco” segue una dinamica rapida, capillare, ma non ancora del tutto chiara dal punto di vista scientifico.

La pronuncia è un tassello assai utile a tracciare le linee degli orientamenti giurisprudenziali delle corti – soprattutto quelle costituzionali e supreme – delle democrazie mature con riguardo al bilanciamento tra situazioni giuridiche soggettive che, in tempi di Covid-19, possono entrare in conflitto.

Prima di esaminare nel dettaglio la decisione della Corte Suprema e al fine di meglio contestualizzarla, conviene presentare un sommario quadro generale sia delle (poche e limitate perlopiù al settore economico) misure federali sia di quelle adottate dai governatori dei singoli Stati dell’Unione per fare fronte alla minaccia posta dal “nuovo” Coronavirus.

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ In un precedente caso, infatti, la Corte Suprema federale aveva rigettato senza motivare una richiesta di *stay* di una decisione della Corte Suprema della Pennsylvania (Supreme Court of Pennsylvania, [Friends of Danny Devito et al. v. Tom Wolf et al.](#), no. 68 MM 2020, 13 April 2020) la quale confermava la legittimità di un *order* del Governatore statale che limitava diverse libertà costituzionali. Il rigetto della Corte Suprema federale non è motivato. Nel frattempo, però, gli stessi ricorrenti hanno sottoposto alla Corte una richiesta di *certiorari*, su cui i giudici devono ancora pronunciarsi.

2. Il Covid-19 e gli Stati Uniti: le risposte della Federazione e degli Stati

Per sintetizzare in poche righe la reazione degli Stati Uniti al Covid-19, si devono rilevare almeno due elementi. Da un lato, è palese il ritardo e l'esitazione nell'intervento della Federazione², preceduto, peraltro, da una vera e propria fase "negazionista"³, in cui il Presidente, Donald Trump, si è affrettato a catalogare il virus come una *fake news* o un "problema degli stranieri"⁴. Dall'altro lato, si osserva lo scollamento tra l'approccio federale e quello degli Stati (soprattutto quelli democratici⁵), i quali, invece, sono intervenuti con disposizioni che, almeno in parte, ricordano il *lockdown* imposto dai governi dei Paesi dell'area europea, prima fra tutti l'Italia⁶.

2.1. Le misure federali

La prima risposta federale degli Stati Uniti alla minaccia Covid-19 è stata coerente con la caratterizzazione del virus come un "problema straniero", promossa dal Presidente Trump. Subito dopo l'attivazione, da parte del Secretary of Health and Human Services, della sez. 319 del Public Health Service Act⁷, avvenuta il 31 gennaio 2020⁸, gli Stati Uniti hanno parzialmente chiuso le frontiere, vietando l'ingresso ai non cittadini provenienti da aree infette e, allo stesso tempo, imponendo la quarantena di due settimane ai cittadini che giungevano dalle stesse zone⁹.

Non si osserva, invece, in questa fase, l'impiego di quei poteri, pur esercitabili dopo una dichiarazione di emergenza ai sensi della sez. 319 del Public Health Service Act, che permettono l'ampliamento dell'accesso alle cure, derogando parzialmente alle regole sul sistema sanitario.

Nondimeno, mentre la parte politica sembrava impegnata più ad esorcizzare e/o minimizzare il virus che a predisporre effettivi strumenti di contrasto, il Center for Disease Control and Prevention (CDC) – agenzia federale votata al controllo sul sistema sanitario statunitense – si dimostrava di diverso avviso circa la gestione della pandemia, impegnandosi in una campagna di informazione e

² Come osservato, in senso assai critico, da K.L. SCHEPPELE, *Underreactions in a Time of Emergency: America as a Nearly Failed State*, in [Verfassungsblog](#), 9 April 2020. Sempre sulla reazione statunitense, anche in comparazione con altri contesti nazionali, vedasi T. GINSBURG, *Can Emergency Powers Go Too Far?*, in [Tablet](#), 23 March 2020.

³ La riluttanza dell'Amministrazione Trump a prendere in considerazione il problema del Coronavirus ha portato alcuni membri del partito democratico ad accusare il Presidente di voler tenere nascosta la situazione reale. Si veda U.S. House of Representative, [DeLauro Remarks at Bipartisan Congressional Coronavirus Briefing](#), 28 February 2020.

⁴ Soprattutto via Twitter. V. E. RELMAN, *Trump tweeted almost 900 times in February but mentioned the coronavirus just 20 times*, in [Business Insider](#), 14 April 2020.

⁵ Infatti, tutti gli Stati che non hanno adottato veri e propri *stay-at-home orders* (v., *infra*, nota 23) sono a maggioranza repubblicana.

⁶ Per un commento e una problematizzazione, in ottica di diritto costituzionale, delle prime misure italiane, v. A. VEDASCHI e C. GRAZIANI, *Coronavirus Emergency and Public Law Issues: An Update on the Italian Situation*, in [Verfassungsblog](#), 12 March 2020. Sempre relativamente al contesto italiano, per un'analisi dell'impatto delle misure anti-Covid sul sistema istituzionale, A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferita tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in questa [Rivista](#), 2020/I, 210 ss.; con specifico riguardo al sistema delle fonti, M. LUCIANI, *Il sistema del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), in questa [Rivista](#). Problemi diversi si sono posti nelle c.d. democrazie incerte e in quelle definibili come "illiberali". Per alcune riflessioni sulla situazione ungherese, P. COSTANZO, [Botte da Orban](#), Editoriale, in questa [Rivista](#) 2020 (31.02.20).

⁷ Pub. L. 78-410. La sez. 319 di questa legge federale permette la dichiarazione di uno stato di emergenza sanitario, al quale sono connessi una serie di poteri, tra i quali la chiusura delle frontiere e la deroga ad alcune regole in materia di sistema sanitario.

⁸ Il giorno successivo, quindi, rispetto alla dichiarazione, da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, di un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, ai sensi del Regolamento sanitario internazionale del 2005. Sul Regolamento e sulla sua idoneità nell'ambito della minaccia Covid-19, G.L. BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations Fit for Purpose?*, in [EJIL: Talk!](#), 27 February 2020.

⁹ Si veda [Presidential Proclamation no. 9984 of 31 January 2020](#).

prevenzione del virus¹⁰ che, nella prima decade di marzo, iniziava già a diffondersi in territorio statunitense¹¹. Si vede, quindi, uno scollamento fra la politica e la scienza che, indubbiamente, ha rappresentato uno dei nodi cruciali dell'attuale emergenza sanitaria.

È questo il *background* nel quale si inserisce, il 13 marzo 2020, la dichiarazione di emergenza del Presidente Trump, sulla base di due distinti atti legislativi federali¹². A questa sono seguiti, nei giorni successivi, una serie di leggi federali in materia sociale e del lavoro, volte a far fronte all'impatto economico della pandemia¹³. Inoltre, il Presidente Trump ha invocato, con apposito *executive order*¹⁴, il Defense Production Act¹⁵, legislazione approvata nel 1950, durante la guerra di Corea, che attribuisce al Presidente degli Stati Uniti il potere di indirizzare la produzione industriale nazionale in tempi di crisi, al fine di assicurare la fornitura di beni e materiali essenziali. In più, il Presidente può obbligare le imprese e le aziende ad accettare e a dare la priorità ai contratti governativi per la fornitura dei materiali dei servizi richiesti. Tali azioni possono essere ordinate dal Presidente qualora siano strumentali alla "difesa nazionale"¹⁶.

Come si nota da questa pur breve rassegna, se si esclude la chiusura parziale dei confini – limitativa della libertà di circolazione – e l'adozione di alcune linee guida non vincolanti sulle misure di distanziamento sociale¹⁷, l'intervento della Federazione non si è concentrato affatto sul necessario bilanciamento fra le esigenze di salute pubblica e le restrizioni a libertà e diritti costituzionalmente garantiti.

Quest'ultimo, quindi, è stato gestito interamente dagli Stati dell'Unione. Se, da un lato, quest'approccio è coerente con il dato costituzionale formale, che non assegna alcuna competenza

¹⁰ V., ad esempio, il comunicato stampa del CDC, [Shipping of CDC 2019 Novel Coronavirus Diagnostic Test Kits Begins](#), 6 February 2020.

¹¹ I dati messi a disposizione dall'Organizzazione Mondiale della Sanità mostrano che i primi contagi vengono registrati a partire dal 9 marzo. V. World Health Organization, [WHO Coronavirus Disease \(Covid-19\) Dashboard](#).

¹² In particolare, sono stati attivati il National Emergency Act, Pub. L. 94-412 e lo Stafford Act, Pub. L. 100-707. Per un approfondimento su questi due strumenti giuridici, si veda A. PHELAN, *Explainer: National Emergency Declarations and Covid-19*, in [Just Security](#), 13 March 2020. Per un'analisi teorica del quadro legislativo emergenziale negli Stati Uniti e di come esso è stato utilizzato per fare fronte all'attuale pandemia, O. GROSS, *Emergency Powers in the Time of Coronavirus...and Beyond*, [ibid.](#), 8 May 2020. Si ricorda che gli Stati Uniti non rientrano tra i Paesi che "costituzionalizzano" l'emergenza, poiché la Costituzione del 1787 contiene solo un vago rimando alla possibile sospensione dell'*habeas corpus* «when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it» (art. 1, sez. 9, par. 2). Così A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, spec. 327, che definisce la Costituzione statunitense un «modello ambiguo» quanto alla disciplina dell'emergenza. Secondo T. GINSBURG e M. VERSTEEG, [Covid-19. States of Emergency. Part 1](#), in [Harvard Law Review Blog](#), 17 April 2020, la sinteticità della Costituzione statunitense in tema di poteri di emergenza dipende dal fatto che i Framers ritenessero che, già nel diritto ordinario, il Presidente detenesse sufficienti poteri per affrontare circostanze straordinarie.

¹³ V., in particolare, Families First Coronavirus Response Act, Pub. L. 116-127; Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act, Pub. L. 116-136. R. BALES, *Covid-19 and Labour Law: U.S.*, in [Italian Labour Law e-Journal](#), 2013, vol. 13, 1 ss.

¹⁴ [Executive Order on Prioritizing and Allocating Health and Medical Resources to Respond to the Spread of Covid-19, 18 March 2020](#).

¹⁵ Pub. L. 81-774.

¹⁶ Si osserva, dunque, la caratterizzazione della lotta al virus in termini bellici. Anche il Presidente francese Macron, invero, in un suo discorso alla Nazione del 16 marzo circa la lotta al Coronavirus, aveva esordito dicendo «nous sommes en guerre». C. PIETRALUNGA e A. LEMARIE, «*Nous sommes en guerre*»: *face au coronavirus, Emmanuel Macron sonne la « mobilisation générale* », in [Le Monde](#), 17 mars 2020. Per il testo integrale del discorso, v. [Adresse aux Français du Président de la République Emmanuel Macron](#), 16 mars 2020. Anche il Presidente Trump, in effetti, dopo qualche settimana dalla dichiarazione di emergenza, parlerà di «a war against the invisible enemy». *Remarks by President Trump in a Meeting with Supply Chain Distributors on COVID-19*, 29 March 2020 Cfr. A. SPADARO, *Covid-19: Testing the Limits of Human Rights*, in [European Journal of Risk Regulation](#), 2020, vol. 11, 317 ss.

¹⁷ [The President's Coronavirus Guidelines for America](#), 16 March 2020, con cui la Federazione invitava gli Stati a vietare gli assembramenti di più di dieci persone e consigliava una distanza interpersonale di almeno 1,80 m. La loro applicazione è cessata, peraltro, a partire dal 30 aprile.

esplicita al livello federale in materia di sanità pubblica¹⁸, dall'altro lato, due osservazioni paiono necessarie. In prima battuta, i c.d. *implied powers* potrebbero, soprattutto in una situazione emergenziale, giustificare un intervento unificatore da parte della Federazione¹⁹.

In secondo luogo, il quadro legislativo d'urgenza richiamato predispone specifici poteri esercitabili dalla Federazione, se non in materia di diritti di libertà, perlomeno per quanto riguarda i diritti sociali, e segnatamente in relazione alla possibilità di ampliamento dell'accesso alle cure, in deroga alle regole che presidiano l'intervento pubblico in materia sanitaria (assai restrittivo in tempi di ordinarietà). Di questa possibilità la Federazione si è avvalsa in maniera piuttosto marginale²⁰.

2.2. Le misure degli Stati federati

Gli Stati dell'Unione, invece, hanno mostrato, perlomeno in maggioranza, un atteggiamento più proattivo rispetto alla prevenzione della diffusione del contagio. Prima del 13 marzo – giorno della dichiarazione d'emergenza federale – già diversi Stati avevano invocato il proprio diritto emergenziale interno²¹; entro il 7 aprile, tutti gli Stati avevano attivato le proprie clausole di eccezionalità²². Attualmente, si sta andando, anche negli Stati Uniti, verso un graduale allentamento delle misure restrittive.

Nella fase acuta della pandemia, sulla base dei diversi quadri emergenziali, la quasi totalità degli Stati²³ ha iniziato a disporre i c.d. *stay-at-home orders*, emanati dai governatori con propri atti. Il primo Stato ad agire in questo senso è stata proprio la California, il 19 marzo²⁴, seguita dagli altri Stati. Si registra, quindi, una certa omogeneità a livello sub-federale.

Gli *orders* dei governatori hanno incluso, nella maggioranza dei casi, il c.d. *shut down* (chiusura, per un periodo limitato, delle attività commerciali non essenziali) e i divieti di assembramento²⁵.

Per quanto riguarda lo specifico profilo delle limitazioni della libertà di culto – nella forma di sospensione delle cerimonie religiose o addirittura della chiusura dei luoghi di preghiera – si deve osservare che, in quasi tutti i casi, esse sono state conseguenza dei divieti di assembramento e della sospensione delle attività non essenziali.

Ciononostante, alcuni *orders* (significativo è l'esempio del Delaware²⁶) prevedevano specifiche eccezioni per le attività religiose, mentre resta poco chiaro il caso del Michigan, dove, nonostante il divieto di qualsiasi riunione, pubblica o privata, tra persone non conviventi, a prescindere dal loro numero, è stato disposto che le riunioni in luogo di culto, pur se non espressamente autorizzate, non fossero assoggettate a sanzioni²⁷.

¹⁸ Per uno studio sulla Costituzione americana, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, Torino, 2000.

¹⁹ Interessante risulta, a questo proposito, il confronto con l'ordinamento tedesco, dove, pur essendo stati i *Länder* ad intervenire nelle limitazioni delle libertà, l'azione è avvenuta in modo coordinato con il livello federale, grazie ad appositi accordi di carattere politico. V. J. WOELK, *L'emergenza sanitaria da Covid-19 nella Repubblica federale tedesca*, in [Comparative Covid Law](#).

²⁰ K.L. SCHEPPELE, *Underreactions in a Time of Emergency*, cit.

²¹ Per un'analisi dettagliata delle dichiarazioni di emergenza di molti degli Stati che compongono l'Unione, si veda B. DELLA ROCCA et al., *State Emergency Authorities to Address COVID-19*, in [Lawfare](#), 4 May 2020.

²² V. i dati disponibili in Future Ed, [Tracking State Coronavirus Legislation](#), in costante aggiornamento.

²³ Le uniche eccezioni che si registrano sono: Arkansas, Iowa, Nebraska, North e South Dakota,

²⁴ [Executive Order n. 33-20, 19 March 2020](#).

²⁵ Per una visione generale dell'approccio di tutti gli Stati federati, sia in fase di *lockdown* sia per quanto riguarda l'allentamento delle misure, si veda S. MERVOSH et al., *See How All 50 States Are Reopening*, in [New York Times](#), 15 June 2020.

²⁶ [Fourth modification of the declaration of a state of emergency for the state of Delaware due to a public health threat](#), 22 March 2020.

²⁷ [Executive Order no. 2020-59, 24 April 2020](#).

3. Il caso South Bay United Pentecostal Church

Le misure di *lockdown* adottate in California si sono avvicinate in modo piuttosto evidente all'approccio adottato dai Paesi dell'area europea²⁸.

Con specifico riferimento agli aspetti incidenti sulla libertà di culto, che rilevano per il caso in commento, il primo intervento è rinvenibile nell'*order* del 19 marzo²⁹, che, nel chiudere tutte le attività non essenziali, non disponeva alcuna eccezione per i luoghi di preghiera. Questi ultimi, quindi, risultavano del tutto inaccessibili in California, diversamente da altri contesti, in cui essi sono rimasti aperti perlomeno per la preghiera individuale e sempre nel rispetto delle distanze di sicurezza³⁰. Le misure adottate il 19 marzo dal Governatore della California, il democratico Gavin Newsom, non presentavano una limitazione temporale, ma si specificava che esse sarebbero rimaste in vigore «until further notice». Né si rinveniva una disciplina speciale per le chiese e per gli altri luoghi di culto in un successivo *executive order*, emanato dal Governatore il 21 marzo e volto a precisare l'ambito di applicazione delle misure limitative. Anche con il passaggio alla c.d. fase 2, nella quale, come altri Stati, la California allentava le restrizioni, si prevedeva che tali luoghi restassero chiusi³¹.

Gli *orders* californiani sono stati impugnati dalla South Bay United Pentecostal Church e, a titolo individuale, da un pastore della medesima, che ne hanno chiesto la sospensione, dinanzi la competente corte di primo grado, ossia la U.S. District Court for the Southern District of California. Il caso è stato affidato ad un giudice monocratico, che, con proprio *order* del 15 maggio, ha rigettato l'istanza dei ricorrenti³².

È seguita la proposizione di appello dinanzi la Court of Appeals for the Ninth Circuit, che si è pronunciata il 22 maggio, nella sua composizione di *panel* di tre giudici³³. L'opinione di maggioranza risulta assai stringata, mentre vi è una lunga e articolata opinione dissenziente redatta dal giudice Collins³⁴.

Le argomentazioni contro i provvedimenti californiani si sono basate sulla *free exercise clause* del Primo emendamento della Costituzione statunitense³⁵. I giudici di maggioranza, tuttavia, hanno ritenuto che gli appellanti non avessero dimostrato adeguatamente in che modo la clausola sarebbe violata. Infatti, hanno ricordato come la Corte Suprema abbia stabilito che gli atti del potere pubblico

²⁸ Peraltro, la dichiarazione di emergenza in California risale al 4 marzo, giorno in cui, stando ai dati dell'OMS, non vi era stato ancora nessun caso confermato di Covid-19 negli Stati Uniti. L'atteggiamento precauzionale californiano, quindi, si contrappone in modo palese a quello scettico della Federazione.

²⁹ [Executive Order n. 33-20, 19 March 2020](#), cit.

³⁰ In alcuni Stati, infatti, non si è disposta la totale chiusura dei luoghi religiosi, ma solo la sospensione delle cerimonie, ad esempio in West Virginia, guidata dal repubblicano Jim Justice. Addirittura, il Governatore repubblicano del Texas, Greg Abbott, non ha mai ordinato l'interruzione delle celebrazioni nei luoghi di culto, ma ha semplicemente disposto che esse si svolgessero nel rispetto delle distanze interpersonali.

³¹ V. [California Resilience Road Map](#), 3ER560.

³² United States District Court for the Southern District of California, Case No. 3:20-cv-865-BAS, Honorable Cynthia A. Bashant. L'*order* afferma che la richiesta è rigettata «[f]or the reasons stated in the hearing», ma, come risulta anche dalle memorie di parte, non si è riusciti ad ottenere il *transcript* dell'udienza.

³³ U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, [South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom et al., No. 20-55533](#), 22 May 2020.

³⁴ Nell'ambito del *panel* giudicante, si tratta dell'unico giudice nominato dal Presidente Trump, precisamente nel maggio 2019. Gli altri due giudici, Silverman e Nguyen, sono di estrazione democratica, essendo stati nominati rispettivamente da Clinton e da Obama.

³⁵ Nell'ambito del Primo emendamento, la *free exercise clause* («The Congress shall make no law [...] prohibiting the free exercise [of religion]») tutela la libertà di culto, mentre la *establishment clause* («The Congress shall make no law respecting an establishment of religion...») sancisce il divieto di religione di Stato. Lette in combinato disposto, le due clausole fondano il «separatismo» americano tra Stato e Chiesa e il principio di pluralismo religioso. Per quanto riguarda la *incorporation* della *free exercise clause*, rileva la sentenza della Corte Suprema *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940), secondo la quale «The First Amendment declares that Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof. The Fourteenth Amendment has rendered the legislatures of the states as incompetent as Congress to enact such laws». V. anche, successivamente, *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 16 (1947). Si veda, per un'approfondita analisi su questi temi, L.P. VANONI, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare. Una sfida per la modernità*, Torino, 2016, spec. 9 ss. e 23 ss.

possono dirsi contrastanti con il Primo emendamento, sotto il particolare profilo della *free exercise clause*, solo quando limitano o vietano una certa attività solo per il suo carattere religioso³⁶ oppure impongono uno specifico onere su condotte che estrinsecano il credo religioso³⁷. Nessuna di queste circostanze appare essere integrata nel caso oggetto di giudizio.

L'opinione dissenziente, al contrario, ha giudicato il Primo emendamento violato dagli *orders* del Governatore della California, sulla base di un *reasoning* che fa perno sull'argomento della discriminazione arbitraria. Il giudice Collins ha notato che gli ultimi provvedimenti californiani, adottati per gestire la c.d. fase 2 grazie alla predisposizione di un *reopening plan*, permettevano la riapertura graduale di attività commerciali e lavorative, ma non dei luoghi sacri. Tuttavia, non vi sarebbe alcuna ragione per pensare che in tali contesti il rischio di diffusione del virus sia minore che nei luoghi di culto, o che gli individui presentino, quando si recano sul posto di lavoro, una maggiore attitudine a rispettare le misure precauzionali. Secondo Collins, lo Stato della California «illogically assumes that the very same people who cannot be trusted to follow the rules at their place of worship can be trusted to do so at their workplace»³⁸. Di conseguenza, alla luce dell'illogicità in esso intrinseca, l'*executive order* e il *reopening plan* predisposto dal Governatore non soddisfa gli standard di *strict scrutiny* che le limitazioni dei diritti garantiti dalla Costituzione devono rispettare.

La pronuncia della Corte d'Appello è stata ulteriormente impugnata, con la presentazione di un ricorso d'urgenza alla Corte Suprema federale³⁹. Lo stesso giorno in cui la Corte d'Appello ha deciso il caso, però, vi è stato un intervento del Presidente Trump. Egli ha affermato, durante una conferenza stampa, che «houses of worship, churches, synagogues, and mosques [are] essential places that provide essential services»⁴⁰ e ha minacciato di «override» i governatori che non avessero provveduto a disporre la riapertura.

Posto che, da un punto di vista giuridico, non esiste un potere diretto del Presidente federale di «bypassare» le decisioni dei governatori sul punto⁴¹, sicuramente tale affermazione ha inciso nel senso di incoraggiare i giudici di tendenza conservatrice a decidere nel senso della prevalenza della libertà di culto rispetto alla salute degli individui⁴².

3.1. La posizione della Corte Suprema degli Stati Uniti

In effetti, la decisione della Corte Suprema ha visto un'evidente spaccatura tra i giudici di area liberale e quelli conservatori⁴³, con il *Chief Justice* Roberts che si è posizionato come «ago della

³⁶ *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520, 533 (1993), in cui si parla di atti che «infringe upon or restrict practices because of their religious motivation».

³⁷ *Ibid.*, 543, in cui si fa riferimento a oneri imposti «in a selective manner impose burdens only on conduct motivated by religious belief».

³⁸ U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, *cit.*, *dissenting opinion*, § 3.

³⁹ Trattasi, nello specifico, di un *writ of injunction*, su cui la Corte Suprema federale ha giurisdizione *ex* 28 U.S. Code § 1651.

⁴⁰ Il testo integrale del discorso è reperibile sul [sito della Casa Bianca](#).

⁴¹ Invero, nelle materie di competenza federale, le leggi del Congresso prevalgono sulle disposizioni eventualmente incompatibili degli Stati. Tuttavia, in primo luogo, la Costituzione assegna tale potere al Congresso, e non al Presidente; inoltre, la disciplina dei luoghi di culto non risulta essere competenza federale. L'unico modo per attrarla sotto l'ala della Federazione sarebbe grazie alla *commerce clause* (art. 1, sez. 8 della Costituzione degli Stati Uniti), che permette al Congresso di regolare il commercio interstatale. Ciononostante, per quanto della *commerce clause* siano state date letture assai estensive, risulta difficile immaginare un impatto sufficiente dell'accesso ai luoghi di culto sul commercio fra gli Stati della Federazione. E, ad ogni modo, l'eventuale *override* dovrebbe derivare, come già sottolineato, da un atto del Congresso incompatibile con gli *orders* statali.

⁴² Si deve notare che, il giorno successivo, il CDC ha pubblicato sul proprio sito delle [guidelines](#) per la riapertura graduale dei luoghi di culto.

⁴³ [South Bay United Pentecostal Church et al. v. Gavin Newsome, Governor of California et al.](#), 590 U.S. (2020). Per una *overview* della decisione e un primo commento, si veda A. HOWE, *Court declines to lift restrictions on crowds at church services*, in [Scotus Blog](#), 30 May 2020.

bilancia”⁴⁴.

Prima di esaminare la pronuncia nei suoi particolari, conviene precisare che, a seguito della statuizione del Presidente Trump, il Governatore della California ha adottato alcune linee guida⁴⁵ specificamente dedicate ai luoghi di culto, dei quali si è permessa la riapertura a certe condizioni. In particolare, l’ingresso dei fedeli deve essere limitato al 25% della capienza dell’edificio o, in ogni caso, al numero massimo di 100 persone.

La determinazione del Governatore ha portato i ricorrenti a integrare il *thema decidendum*. Con ulteriore memoria, depositata qualche giorno dopo la presentazione dell’impugnazione, hanno rappresentato alla Corte Suprema che (non solo più gli *orders* precedenti, ma anche) le linee guida sarebbero discriminatorie, perché nessun limite massimo è previsto quando ci si debba recare in altri contesti, ad esempio sul posto di lavoro, in cui si richiede solo il mantenimento delle distanze interpersonali. Inoltre, il tetto massimo di persone sarebbe irragionevole, perché non parametrato alle dimensioni dell’edificio religioso e anzi del tutto prescindente da esse.

Cinque giudici, sui nove che compongono la Corte Suprema, hanno ritenuto le doglianze presentate non meritevoli di accoglimento. Tuttavia, tra di essi, solo il giudice Roberts ha esplicitato le proprie motivazioni, redigendo una *concurring opinion*⁴⁶ che concorda, quanto al risultato, con il *decisum*, non motivato, dei quattro giudici *liberal* (Bader Ginsburg, Breyer, Kagan, Sotomayor).

Secondo Roberts, le restrizioni poste dal Governatore della California, consistenti prima nella chiusura totale dei luoghi di culto, poi nella loro riapertura con limitazioni, non contrastano con la *free exercise clause* del Primo emendamento. Limitazioni simili si applicano anche, esaminando la normativa californiana, ad altre forme di assembramento di carattere del tutto laico, come i convegni, i concerti, le rappresentazioni teatrali. Né i luoghi di culto risultano in generale comparabili, per il *Chief Justice*, ad altri luoghi di lavoro, ad esempio i supermercati, nei quali, per le specifiche caratteristiche delle attività che vi si svolgono, non sono previsti contatti particolarmente ravvicinati tra le persone.

Il ragionamento di Roberts è d’interesse anche perché pare caratterizzare la tutela della salute alla stregua di una *political question*. Si legge nella motivazione che tale tema è strettamente legato alle contingenze fattuali e che non sta alle corti, le quali sono organi non democraticamente eletti, valutare le determinazioni del potere politico sul punto⁴⁷. Invita, in sintesi, alla deferenza del Giudiziario rispetto ai poteri politicamente sensibili, affermando che lo scrutinio del primo deve arrestarsi una volta appurato che le misure adottate dai secondi non siano «indisputably» lesive delle garanzie contenute in Costituzione.

Si noti che, lo stesso giorno, la Corte Suprema ha deciso un caso simile, relativo al divieto, imposto dalla città di Chicago, di accesso ai luoghi di culto per più di dieci persone (un limite, quindi, assai

⁴⁴ Per un’analisi dettagliata dell’approccio della “Corte Roberts” sullo specifico tema della libertà religiosa, si rinvia ad A. PIN, *Quando la storia decide il caso. La libertà religiosa ai tempi della Corte Roberts*, in P. ANNICCHINO (a cura di), *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d’America*, Firenze, 2017, 3 ss. V. anche V. FIORILLO, *La sentenza Burwell v. Hobby Lobby: basta un nesso indiretto con la libertà religiosa a limitare il diritto alla salute?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2014, 928 ss.

⁴⁵ Il testo è consultabile nella pubblicazione [COVID-19 INDUSTRY GUIDANCE: Places of Worship and Providers of Religious Services and Cultural Ceremonies](#).

⁴⁶ Sull’istituto della *concurring opinion*, M. D’AMICO, *Riflessioni sul ruolo della motivazione nella Corte Suprema statunitense*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (Atti del seminario di Messina 7-8 maggio 1993)*, Torino, 1994, 65.

⁴⁷ In questo punto dell’*opinion*, il *Chief Justice* fa riferimento a tre precedenti della Corte Suprema, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 38 (1905), *Marshall v. United States*, 414 U.S. 417, 427 (1974), *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U. S. 528, 545 (1985). Da tutti e tre emerge un approccio chiaramente deferenziale della Corte Suprema nei confronti delle autorità pubbliche in materia di sanità, soprattutto quando sono coinvolti aspetti sui quali non vi sono ancora solide teorie scientifiche (situazione assolutamente rapportabile, quindi, a quella del Covid-19). Sulla possibilità di applicare il precedente *Jacobson* all’attuale emergenza Coronavirus, si veda N. MOSVICK, *On This Day, the Supreme Court Rules on Vaccines and Public Health*, in [Interactive Constitution](#), 20 February 2020. V. anche E.A. POSNER, *Public Health in the Balance: Judicial Review of Pandemic-Related Government Restrictions*, in [Lawfare](#), 20 April 2020.

più rigoroso rispetto a quello californiano). Anche in questo caso, però, la Corte ha respinto la richiesta, con un *order* privo di motivazione⁴⁸. Già le corti inferiori si erano espresse con il rigetto del ricorso. In primo grado, l'*order* emanato dal giudice Robert W. Gettleman⁴⁹, con una motivazione assai articolata, riteneva che, da un lato, non fosse stata data prova sufficiente che il divieto trovasse la sua *ratio* nel carattere religioso delle attività che si svolgono nei luoghi soggetti a limitazioni; dall'altro, che non vi fosse alcuna violazione neanche della libertà di espressione⁵⁰, dato che l'*order* non era certo finalizzato ad impedire agli individui di esprimere le proprie idee o veicolare il messaggio religioso in cui si riconoscono. In secondo grado, invece, una decisione assai più breve sottolineava la temporaneità del provvedimento, la sua ragionevolezza alla luce del grave pericolo che il Covid-19 comporta, e la mancanza di qualsiasi discriminazione, visto che misure simili erano imposte anche nei confronti di attività di tipo laico⁵¹.

3.2. L'opinione dissenziente

Come già osservato, la sentenza in commento presenta anche una *dissenting opinion*⁵², secondo la quale la richiesta dei ricorrenti andrebbe accolta. L'opinione dissenziente è stata redatta dal giudice Kavanaugh e condivisa poi dai giudici Gorsuch e Thomas, mentre il giudice Alito si è limitato a votare a favore dell'accoglimento del ricorso, senza però esplicitamente fare proprie le motivazioni espresse nella *dissenting opinion* dei colleghi.

Nell'*opinion* in parola, i giudici hanno fatto perno sull'argomento della discriminazione nei confronti dei luoghi di culto rispetto ad altri contesti e attività che, secondo la loro lettura, sarebbero ad essi paragonabili, ma ai quali non è stato imposto il limite del 25% della capienza o delle 100 persone. Si produrrebbe, dunque, una violazione del Primo emendamento sotto il profilo della *free exercise clause*, perché la religione sarebbe usata dallo Stato come elemento decisivo⁵³ per prescrivere un dato obbligo.

Ebbene, si è rimarcato come non vi sia alcun «compelling governmental interest» per procedere in tal senso, trattando i luoghi di culto in maniera differente rispetto ad altre situazioni. Soprattutto, il generale e innegabile interesse a contrastare la pandemia Covid-19 non è di per sé sufficiente a giustificare la diversità di trattamento. Peraltro, non mancherebbero mezzi altrettanto efficaci e non discriminatori per far fronte alla minaccia posta dal virus, ad esempio limitandosi a prevedere che, anche nell'ambito delle celebrazioni religiose, tutti debbano rispettare le distanze interpersonali.

A chiosa del proprio ragionamento, i giudici dissenzienti hanno sottolineato come, soprattutto nell'ambito di un'emergenza, i governatori dispongano di «substantial room to draw lines». Margine di azione che, ad ogni modo, deve trovare il suo necessario limite nel principio di non discriminazione (anche) sulla base del carattere religioso di talune organizzazioni o attività.

Pur non citandolo in maniera esplicita, in quanto non fa parte degli standard utilizzati dalla Corte Suprema statunitense nel vagliare le limitazioni dei diritti, il *reasoning* dell'opinione dissenziente

⁴⁸ [Elim Romanian Church et al. v. Pritzker, Governor of Illinois](#), No. 19A1046, 29 May 2020.

⁴⁹ [Elim Romanian Church et al. v. Pritzker, Governor of Illinois](#), Case no. 20 C 2782.

⁵⁰ Anch'essa tutelata dal Primo Emendamento e la cui violazione rientrava fra i motivi di impugnazione proposti.

⁵¹ United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, [Elim Romanian Church et al. v. Pritzker, Governor of Illinois](#), Case: 20-1811, 16 May 2020.

⁵² Su questo istituto, si vedano C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dei giudici costituzionali e internazionali*, Milano, 1964; A. ANZON (a cura di), *L'opinione dissenziente, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milano, 1995; S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, seminario presso la Corte costituzionale del 22 giugno 2009, reperibile sul [sito della stessa Corte](#). Più in generale sui «modi di decisione» delle corti nello scenario comparato, P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le corti costituzionali (e le altre corti)*, Milano, 2009.

⁵³ L'*opinion* parla di «basis of classification», citando il precedente *McDaniel v. Paty*, 435 U. S. 618, 639 (1978), nello specifico l'opinione concorrente espressa in quel caso dal giudice Brennan.

sembra richiamare, in alcuni passaggi, l'applicazione del principio di proporzionalità⁵⁴, tipicamente utilizzato dai giudici di area europea per giudicare questioni in cui affiora il tema del bilanciamento⁵⁵. Infatti, da quanto sopra descritto, si evince che è stata, *in primis*, rilevata l'esistenza di un'interferenza delle misure californiane con il Primo emendamento; si è proceduto, *in secundis*, ad accertare l'esistenza di un interesse pubblico sotteso; da ultimo, la *dissenting opinion* ha verificato la possibilità di conseguire lo stesso obiettivo con mezzi meno invasivi della libertà di culto.

4. Libertà di culto vs. tutela della salute nelle altre corti statunitensi: una rassegna

Oltre alla decisione della Corte Suprema qui commentata, altre corti statunitensi si sono soffermate sul bilanciamento fra libertà di culto e salute in tempi di pandemia, alcune di esse prima del 29 maggio, altre successivamente. Conviene, a questo punto dell'analisi, offrirne una rapida rassegna, anche al fine di comparare i loro orientamenti con quelli del supremo giudice federale.

Escludendo i gradi inferiori di giudizio nell'ambito dei casi *South Bay* ed *Elim Romanian Church*, i quali sono già stati oggetto di attenzione nei paragrafi precedenti, bisogna citare almeno tre casi, che hanno avuto luogo in Kentucky, North Carolina e Delaware.

Per quanto riguarda il Kentucky, il Governatore democratico Brittainy Beshear aveva imposto un *executive order* che non solo sospendeva le cerimonie religiose, ma anche prevedeva la chiusura dei luoghi di culto, poiché non rientranti nei servizi essenziali. La disposizione, dunque, è analoga a quella californiana posta all'attenzione della Corte Suprema nella decisione *South Bay*. Con riferimento all'*order* del Kentucky, però, le corti hanno assunto un atteggiamento parzialmente diverso rispetto all'*iter* visto nel caso californiano. In primo grado, il giudice monocratico ha rigettato il ricorso avverso l'*order* di Beshear, in quanto non si riscontravano elementi sufficienti per poter affermare la violazione della *free exercise clause*⁵⁶, in ciò allineandosi con il primo grado in *South Bay*. In secondo grado, però, la posizione è stata meno netta, perché, pur giudicando legittimo l'*order* nella parte in cui proibiva le cerimonie *nei luoghi di culto*, la competente Corte d'Appello è arrivata ad una soluzione "di compromesso" e ha affermato che queste dovevano potersi svolgere in *drive-in*⁵⁷.

In North Carolina, invece, solo una corte distrettuale⁵⁸ si è pronunciata sull'*executive order* del Governatore, Roy Cooper, anch'egli democratico, con approccio opposto rispetto alle corti di prima istanza finora richiamate. Infatti, è stata rilevata la violazione della *free exercise clause*, nonostante l'*order* non imponesse una chiusura totale, ma solo delle limitazioni di accesso (al massimo dieci persone). Il *reasoning* della corte distrettuale è pressoché identico – benché precedente, risalendo al 16 maggio – all'opinione dissenziente del caso *South Bay*, poiché è stato rimarcato che altri luoghi di lavoro non dovevano sottostare alla stessa disciplina.

Più particolare è il caso del Delaware. Come già visto, questo Stato – nel quale il Governatore è il democratico John Carney, ma è significativa la presenza di *lobbies* religiose – imponeva una disciplina piuttosto "liberale" nei confronti del culto, anche durante la lotta al Covid-19. Infatti, i luoghi sacri non risultavano chiusi, semplicemente erano prescritte alcune accortezze igieniche, come l'obbligo di indossare protezioni sanitarie durante le celebrazioni, e il divieto di contatto fisico

⁵⁴ V., su questo principio, A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance*, Oxford, 2019.

⁵⁵ Tale atteggiamento dei giudici statunitensi non appare invero isolato. Sullo stesso *trend*, ma in chiave di bilanciamento fra sicurezza e diritti in materia di antiterrorismo, sia consentito il rinvio a C. GRAZIANI, *Judicial Scrutiny on US Counter-Terrorism Databases: The Elhady Case*, in *DPCE Online*, 4/2019, 3049 ss.

⁵⁶ United States District Court for the Western District of Kentucky at Louisville, *Maryville Baptist Church, Inc. v. Beshear*, No. 3:20-cv-00278—David J. Hale, District Judge, 18 April 2020.

⁵⁷ U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, *Maryville Baptist Church, Inc. v. Beshear*, 2 May 2020. V. K. CHAFFEE, *Judicial Restraint in the Time of COVID-19?*, in *JDSupra*, 10 June 2020.

⁵⁸ United States District Court for the Eastern District of North Carolina, *Berean Baptist Church et al. v. Cooper*, No. 4:20-cv-81-D.

nell'ambito di queste ultime, cosa che portava spesso a doversi astenere da alcuni passaggi dei diversi riti. Solo nella fase "acuta" della pandemia si sono registrati contingentamenti nel numero di persone che potevano accedere ai templi. Tuttavia, anche queste restrizioni, apparentemente "minimali", se comparate a quelle degli altri Stati, sono state impugnate, ricevendo, però, il rigetto sia in primo⁵⁹ sia in secondo grado⁶⁰, con entrambe le corti che hanno argomentato che nessuna delle limitazioni contenute nell'*order* del governatore incideva in maniera essenziale sulla possibilità di esercitare la propria libertà religiosa. Nella decisione della Corte d'Appello, però, si registra una lunga *dissenting opinion* del giudice Phipps, che, come il giudice Kavanaugh nella pronuncia *South Bay* qui commentata, applica un vero e proprio *strict scrutiny* alle regole imposte dal Delaware, esprimendosi a favore dell'accoglimento del ricorso. Ad esempio, ha ritenuto irragionevole che i fedeli fossero costretti a procedere al sacramento dell'Eucaristia indossando dei guanti, mentre, nello stesso Stato, non è previsto l'obbligo dei guanti nei negozi ortofrutticoli. Si nota che la decisione di secondo grado sulle disposizioni del Delaware è pronunciata solo due giorni dopo quella della Corte Suprema, la cui opinione dissenziente può sicuramente aver inciso sulla costruzione del *reasoning* del giudice Phipps.

5. Brevi cenni comparati

A prescindere dal *dissent* (che, come rilevato, utilizza lo standard dello *strict scrutiny*), nella decisione *South Bay United Pentecostal Church* la determinazione della (risicata) maggioranza ha evidenziato l'utilizzo della c.d. *judicial deference*. È utile indagare se, aprendo lo sguardo allo scenario comparato, atteggiamenti simili da parte dei giudici possano essere riscontrati anche in altri ordinamenti, limitando l'analisi unicamente al profilo del bilanciamento fra salute e libertà di culto in tempi di Coronavirus e ulteriormente restringendola ai soli Paesi democratici occidentali di matrice liberale le cui corti si sono trovate a doversi pronunciare sul tema⁶¹.

Si può individuare un *trend* maggiormente deferenziale, che fa prevalere le esigenze di tutela della salute adottate dall'Esecutivo, nelle corti italiane, segnatamente i giudici amministrativi. Un punto a favore della libertà di culto (*rectius*, al suo bilanciamento ragionato con la *salute*) è stato segnato dal Conseil d'État francese. Su una linea "intermedia", invece, si pone il Tribunale costituzionale federale tedesco, il quale ha mostrato un mutamento di giurisprudenza che, però, più che da un vero e proprio *révirement*, pare dipendere dall'evoluzione delle contingenze fattuali legate al virus.

Andando ad esaminare più nello specifico le prese di posizione giurisprudenziali nei tre ordinamenti citati e partendo dall'Italia, si nota che, essendo la maggior parte delle limitazioni state adottate da decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), le (poche) occasioni di scrutinio giurisdizionale si sono avute grazie all'intervento del giudice amministrativo, coerentemente con la natura dell'atto, di rango subordinato alla legge. Relativamente alle restrizioni della libertà di culto, il T.A.R. Lazio⁶² ha affermato, in maniera assertiva, di «ritenere prevalente la tutela della salute pubblica». Vieppiù, il giudice amministrativo ha osservato come il sacrificio, imposto dal DPCM 26 aprile 2020, di rinunciare alla partecipazione fisica alle cerimonie religiose, potesse essere compensato dalla «possibilità di soddisfare il proprio sentimento religioso usufruendo delle numerose alternative offerte mediante gli strumenti informatici». Nella pur stringata motivazione, si è fatto altresì riferimento al carattere latamente discrezionale dell'atto impugnato. Osservazione che, senza dubbio, riecheggia, pur ferme restando le dovute differenziazioni derivanti dalla diversità dei sistemi, nella *judicial deference* a cui la Corte Suprema statunitense, nella decisione qui commentata, si è

⁵⁹ United States District Court for the District of Delaware, *Bullock v. Carney*, No. 26-674-CFC – Colm F. Connolly, District Judge, 29 May 2020.

⁶⁰ United States Court of Appeals for the Third Circuit, *Bullock v. Carney*, No. 20-2096, 30 May 2020.

⁶¹ Per un'analisi approfondita degli orientamenti delle corti, anche con riferimento a libertà e diritti diversi rispetto al culto, v. A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in corso di pubblicazione in [DPCE Online](#), 2/2019.

⁶² T.A.R. Lazio – Roma, decr. 19 aprile 2020, n. 3453.

richiamata.

Orientamento assai meno deferente e molto più “aperto” nei confronti della libertà di culto è stato abbracciato dal Conseil d’État francese⁶³, che si è pronunciato, in sede di *référé-liberté*, su un decreto del Primo ministro⁶⁴ che imponeva un divieto assoluto di assembramenti nei luoghi sacri⁶⁵. Il Conseil d’État ha giudicato sproporzionato il carattere assoluto del divieto e ha invitato il Primo ministro a modificare le disposizioni del proprio decreto⁶⁶, in modo tale da garantire la sicurezza dei cittadini con un sacrificio non smisurato della loro libertà di culto⁶⁷.

Per quanto riguarda, invece, il Tribunale costituzionale tedesco, si possono richiamare almeno due ordinanze. Con la prima⁶⁸, è stata respinta una richiesta di sospensiva avverso un provvedimento del Land Assia che vietava le celebrazioni religiose. I giudici costituzionali sono partiti dall’assunto che l’oggetto di impugnazione configura indubbiamente una grave limitazione della libertà di culto, tuttavia giustificabile alla luce dell’eccezionalità del contesto pandemico. Hanno rimarcato, però, che è opportuno sottoporre gli sviluppi della situazione ad attento monitoraggio, al fine di allentare, non appena possibile, le restrizioni. Tale affermazione prelude al susseguente orientamento adottato da Karlsruhe in tema di bilanciamento tra salute e libertà di culto. Nella seconda ordinanza sul tema⁶⁹, il Tribunale ha concesso la sospensiva nei confronti di un’ordinanza del governo della Bassa Sassonia che vietava le cerimonie religiose. In motivazione, si è argomentato che non è giustificabile che l’ordinanza non prevedesse eccezioni in singoli casi nei quali, valutate adeguatamente le circostanze – se opportuno, anche con il coinvolgimento dell’autorità sanitaria locale –, si potesse evitare un aumento del rischio di infezione. La svolta tedesca è derivata probabilmente proprio dal diverso contesto temporale. La prima ordinanza è stata pubblicata il 10 aprile, momento rientrante nella “fase 1” della lotta alla pandemia. La seconda, invece, del 29 aprile, ha preceduto di appena un giorno l’accordo tra Federazione e Länder circa l’allentamento delle misure alla luce della diminuzione dei contagi, quindi il versante giurisdizionale pare aver seguito il mutamento di linea fatto proprio dalla politica.

6. Qualche osservazione conclusiva

Si è visto che la Corte Suprema statunitense, con la decisione in commento, nella quale per la

⁶³ Conseil d’État, *ordonnances* nn. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590, 19 maggio 2020, *M. W. et autres*. Per un commento, A. LICASTRO, *La Messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa*, in questa *Rivista*, 2020/II, 312 ss., nonché N. PERLO, *La giurisprudenza di crisi del Conseil d’État e del Conseil constitutionnel: il prevalere della ragione politica su quella giuridica* in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in questa *Rivista*.

⁶⁴ Décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l’épidémie de covid-19 dans le cadre de l’état d’urgence sanitaire.

⁶⁵ Pur prevedendo che essi potessero restare aperti e che vi si potessero svolgere cerimonie funebri nei limiti delle 20 persone.

⁶⁶ Modifica invero prontamente avvenuta, con décret n° 2020-604 du 20 mai 2020 complétant le décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l’épidémie de covid-19 dans le cadre de l’état d’urgence sanitaire.

⁶⁷ Atteggiamento assai più deferente ha invece mostrato il Conseil constitutionnel. Quest’ultimo, invero, non si è mai pronunciato sullo specifico punto del bilanciamento fra libertà di culto e salute, ma ha avuto occasione di scrutinare in via preventiva sia una legge organica che, per il periodo emergenziale, estendeva i propri termini di decisione sulle *questionnes prioritaires de constitutionnalité* sia sulla legge di proroga dell’*état d’urgence sanitaire*, in entrambe le circostanze rilevando la loro compatibilità a Costituzione (invero, con lievi interventi di precisazione nel secondo caso). V. Conseil constitutionnel, déc. n. 2020-799 DC du 26 mars 2020, su cui P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in questa *Rivista*, 2020/I, 242 ss.; e Conseil cConstitutionnel, déc. n. 2020-800 DC, 11 maggio 2020, nonché N. PERLO, *La giurisprudenza di crisi del Conseil d’État e del Conseil constitutionnel: il prevalere della ragione politica su quella giuridica* in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in questa *Rivista*.

⁶⁸ BVerfG, 1 – BvQ 28/20, ordinanza 10 aprile 2020.

⁶⁹ *Id.*, 1 – BvQ 44/20, ordinanza 29 aprile 2020.

prima volta si è pronunciata sulle misure anti-Covid, ha assunto un atteggiamento “prudenziante”, che privilegia le esigenze della salute rispetto all’espressione in forma piena del credo religioso degli individui. La preferenza per la tutela della salute – e per le implicazioni di carattere sociale che vi sono connesse – ben si inserisce nelle propensioni proprie della visione democratica negli Stati Uniti, maggiormente attenta alla tutela di diritti sociali, pur in un contesto, quello statunitense, nel quale il sistema sanitario è tradizionalmente improntato su base prevalentemente privata.

Allo stesso tempo, con la pronuncia in esame, la Corte Suprema si è posta nel novero delle corti che, in tempi di Coronavirus, hanno mostrato deferenza nei confronti del decisore politico. Tuttavia, diversamente che in altri ordinamenti in cui pure si è osservato un atteggiamento deferente dei giudici, la pronuncia analizzata ha visto la deferenza dirigersi nei confronti non dell’Esecutivo federale, bensì di quello statale. Anzi, probabilmente, alla luce delle esternazioni del Presidente Trump di pochi giorni prima, un comportamento deferente verso l’Esecutivo della Federazione avrebbe richiesto l’accoglimento del ricorso. E, in effetti, è proprio in tal senso che è andato il voto dei giudici di minoranza, che sono, non a caso, quelli di tendenza conservatrice.

In un contesto come quello statunitense, dove la mano della politica della Federazione – in particolar modo, del Presidente – è stata praticamente assente per quanto riguarda le scelte di bilanciamento fra i diritti e la tutela della salute, il ruolo della Corte Suprema, massimo organo giurisdizionale federale, diventa ancora più forte, in quanto unica espressione del livello federale su un tema così delicato.

In conclusione, nonostante la natura obiettivamente “neutra” dell’emergenza pandemica, non si può dire che essa non abbia avuto e stia avendo rilevanti implicazioni sulle dinamiche politiche e sui rapporti fra poteri, tanto federali quanto federati.

Eugenio De Marco

Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus

ABSTRACT: *The essay examines the impact of situations of extraordinary health emergency on different constitutional rights. In particular, the measures taken by the Italian system in the face of the situation caused by the pandemic by "covid-19" are analysed. First of all, surveys are moved on the different ways in which the state and the regions intervened in the phase of greater virulence of the pandemic. In addition, questions are raised about the conciliation of interventional measures adopted with constitutionally guaranteed rights until they are sometimes temporarily suspended. It concludes by noting reasonableness the fundamental criterion capable of justifying limited interventions in the exercise of fundamental rights.*

SOMMARIO: 1. Sulla tutela della salute nella nostra Costituzione come diritto fondamentale dell'individuo e sui limiti che possono esservi apposti nell'interesse della collettività: qualche considerazione di carattere generale in merito – 2. I principi costituzionali sulla tutela della salute a fronte dell'insorgere di situazioni di straordinaria emergenza sanitaria: il caso sintomatico della pandemia da "covid-19" – 3. Sulle misure da noi adottate a fronte della situazione prodotta dalla pandemia in oggetto: interrogativi e riserve su diversi profili delle modalità di intervento nella fase di maggior virulenza – 4. Interrogativi sulla stessa conciliabilità delle misure interventistiche adottate con diritti costituzionalmente garantiti, o almeno con alcuni aspetti di essi, nel contesto di sospensioni – seppure temporanee – di norme della Costituzione – 5. La ragionevolezza come criterio basilare suscettibile di giustificare interventi limitativi dell'esercizio degli stessi diritti fondamentali.

1. *Sulla tutela della salute nella nostra Costituzione come diritto fondamentale dell'individuo e sui limiti che possono esservi apposti nell'interesse della collettività: qualche considerazione di carattere generale in merito*

Il presente studio prende necessariamente le mosse dalle combinate disposizioni contenute nell'art. 32 della Costituzione, basilari per lo svolgimento della ricerca.

Senza volersi in alcun modo intrattenere su tematiche da tempo ampiamente dibattute in dottrina¹, basti porre l'accento su come già l'enunciazione del primo comma dell'articolo *de quo* evidenzi la correlazione tra la tutela della salute come "fondamentale diritto dell'individuo" e l'"interesse della collettività", con contestuale dovere della Repubblica di garantire "cure gratuite agli indigenti". Onde il riconoscimento del diritto alla salute nel nostro ordinamento sia come diritto di libertà sia come diritto sociale di prestazione, la simbiosi tra una situazione di diritto soggettivo pubblico individuale e una correlativa situazione di dovere a carico della Repubblica².

¹ Tra i molti scritti sulla tutela della salute in generale nella Costituzione si vedano: L. CARLASSARRE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'ordinamento sanitario, I, L'amministrazione sanitaria* a cura di R. ALESSI, Milano, 1967, 103 ss.; E. DE MARCO, *La tutela della salute come diritto soggettivo pubblico*, in *Rassegna amministrativa della sanità*, n. 10-11 del 1972, 761 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1973, III, 433 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, n. 4/1980; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.* 1982, 2462 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, n. 1/1983, 21 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006; C. TRIPODINA, *Articolo 32*, in *Commentario breve alla Costituzione* diretto da S. BARTOLE e R. BIN, Padova, 2008; F. MINNI e A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC* n. 3/2013; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, III ediz., Torino 2018.

² Sui diritti sociali quali diritti a ricevere determinate prestazioni da parte dei pubblici poteri, il cui soddisfacimento è peraltro condizionato dall'intervento positivo degli stessi, si vedano tra i numerosi scritti: A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giur.* XII, 1989; N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in *Cinquant'anni di Repubblica Italiana* a cura di G. NEPPI MODONA, Torino, 1996; D. BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; L. TRUCCO, *Rassegna normativa dei diritti sociali dell'Unione europea*, in *Diritti sociali e servizio sociale. Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria* a cura di P. COSTANZO e S. MORDEGLIA, Milano, 2005, 419 ss.; P. CARETTI, *I diritti sociali nella Costituzione*

Quasi a corollario di quanto testé enunciato, il secondo comma dell'articolo 32 Cost. stabilisce la non sottoponibilità di ciascun individuo a trattamenti sanitari obbligatori “se non per disposizione di legge”, sempre fermo restando però in un'ottica palesemente garantistica che “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Elastici possono peraltro apparire i confini tra la sfera di libertà garantita dalla configurazione della tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e la sottoponibilità a trattamenti sanitari obbligatori per legge, tanto più se alla stessa legge è pur sempre opponibile l'assoluto divieto di violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Si tratta indubbiamente di un ambito in cui alla discrezionalità del legislatore si può opporre il giudizio del giudice di costituzionalità.

Nel senso, invero, della individuabilità di un “nucleo essenziale” del diritto alla salute che comprende quegli aspetti di cui in nessun caso si può essere privati, pena la violazione del dettato costituzionale, si è ripetutamente espressa la Corte costituzionale che, tra l'altro, ha avuto modo di affermare che le stesse “esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana”³.

Resta comunque pur sempre un giudizio, quello della Corte, che deve tener conto dei margini di bilanciamento propri del legislatore nella disciplina della tutela della salute. Non si potrà infatti non considerare fino a che punto siano realmente pervasive eventuali misure delimitative della tutela alla salute, dettate da esigenze di tutela di altri diritti costituzionalmente garantiti come inviolabili e del pari espressione della dignità umana, tanto da comprimere effettivamente il “nucleo irriducibile” dello stesso diritto alla tutela della salute.

2. I principi costituzionali sulla tutela della salute a fronte dell'insorgere di situazioni di straordinaria emergenza sanitaria: il caso sintomatico della pandemia da “covid-19”

Aspetto essenziale nell'ottica della presente ricerca, è dato dai rapporti che possono intercorrere tra i principi costituzionali relativi alla tutela della salute e quelle che vengono definite “situazioni sanitarie di emergenza”⁴.

Logica vuole che la tutela della salute come principio da cui prendere le mosse vada anzitutto riferita ad una situazione di sostanziale normalità cui ben possono addirsi – pur tenendo conto delle esigenze interpretative – i principi costituzionali ad essa relativi, quali appunto la coesistenza tra tale tutela come diritto e nello stesso tempo interesse della collettività, come del pari la conciliabilità della

italiana in *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali* a cura di F. FACURY SCAFF, R. ROMBOLI e M. REVENGA, Milano, 2009; A. D'ATENA, *Approfondimenti di diritto costituzionale*, Torino, 2012, 13 s.; L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *Gruppo di Pisa*, 3 settembre 2012; A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come sistema*, in questa *Rivista* 2015/II, 538 ss.; S. SASSI, *Diritti e doveri inerenti ai rapporti etico-sociali*, in *L'Ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società* a cura di P. BILANCIA e E. DE MARCO, Padova, 2018, 424 ss.

³ Cfr. *Corte cost. sent. n. 309 del 1999*. Si vedano inoltre, sempre nella giurisprudenza della Corte, tra le varie altre sentenze, *la n. 509/2000*, *la n. 252/2001*, *la n. 432/2005*, *la n. 354/2008*; *la n. 269* e *la n. 299/2010*, e *la n. 61/2011*. Più sfumato al riguardo appare il formulato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la c.d. Carta di Nizza del 2000) che pur annoverando la protezione della salute tra i diritti fondamentali di cui va garantito un elevato livello di protezione rimanda “alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali” (art. 35). Sul valore della dignità umana in generale si veda d'altro canto, in apertura della stessa Carta di Nizza, l'art. 1, espressamente intitolato “Dignità umana” ed ai sensi del quale “La dignità umana è inviolabile ...”.

⁴ Sull'emergenza in generale e in taluni suoi profili costituzionalmente rilevanti si vedano, tra i vari scritti: A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, in *Treccani (online)*, 1993; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale, definizione e modelli*, Milano, 2003; G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018; P. COSTANZO, *Con l'emergenza decolla la Corte 2.0*, in questa *Rivista* 2020/I, 158 ss.; In un'ottica comparativa cfr. *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità* a cura di P. PASSAGLIA, in *Studi della Corte costituzionale*, marzo 2011 (*nel sito della Corte costituzionale*), con contributi di: C. BONTEMPS DI STURCO, per la Francia; M.T. RÖRIG, per la Germania; C. GUERRERO PICÓ, per la Spagna.

stessa tutela con limitazioni nell'interesse generale, fermi restando i limiti imposti dal rispetto della persona umana quale valore assoluto.

Ci si può tuttavia domandare se e/o fino a che punto tale quadro normativo, ove inteso con riguardo a contesti di normale svolgimento del vivere civile nella comunità, possa essere riferibile anche a straordinarie situazioni di emergenza capaci di mettere a rischio, sconvolgendolo, lo stesso mantenimento di un consolidato assetto sociale: situazioni di emergenza quali sono indubbiamente quelle di carattere sanitario in contesti di particolare gravità.

Un caso sintomatico di questo tipo è dato dalla pandemia di quella sindrome che viene comunemente definita “coronavirus”⁵ e le cui origini sono state ravvisate in una località della Cina corrispondente alla città di Wuhan: pandemia che oltre ovviamente ai grandissimi problemi di carattere sanitario ed anche economico che ha determinato (ma sui quali non ci si intrattiene *ratione materiae* in questa sede) richiama l'attenzione del giurista su profili anche problematici e comunque di non poco conto di ordine costituzionale postisi ed ai quali si intende qui cercare di dare qualche risposta con specifico riferimento al nostro contesto⁶.

Profili che attengono alla tipologia e soprattutto alla compatibilità delle misure anche drastiche adottate dagli organi di governo per contenere l'epidemia e taluni diritti costituzionali assunti come fondamentali nell'ordinamento.

Le difficoltà che si incontrano nel dare plausibili risposte alle relative problematiche sono oltre tutto accentuate dalla natura dell'ordinamento costituzionale preso in considerazione. Anche a prescindere infatti dalle diversità sostanziali secondo che si tratti di un sistema di stampo liberal democratico quale il nostro o di un sistema di tipo autoritario o totalitario e comunque illiberale⁷, negli stessi ordinamenti di tipo liberal democratico non sono mancate differenze a volte anche marcate di approccio, come quelle intercorrenti sempre tra il nostro sistema, sul quale si focalizzerà particolarmente l'attenzione, e taluni altri sistemi del mondo anglosassone o del nord Europa⁸.

⁵ Consistente nella specie, come è noto, in una malattia respiratoria acuta, a volte grave ed anche letale causata da un nuovo coronavirus chiamato “Covid-19” dall'O.M.S. e diverso da quelli già conosciuti quali la MERS o la SARS. Il carattere di pandemia è stato attribuito al Covid-19 sempre dall'O.M.S. nel marzo 2020 a seguito del diffondersi di un numero sempre maggiore di casi e decessi causati dal virus a livello mondiale.

⁶ Tra i vari scritti o interventi di nostri giuristi in argomento si ricordano: G. AZZARITI, *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato*, Intervista in [La Repubblica](#), 8 marzo 2020; Id., *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in [Questione Giustizia](#), 27 marzo 2020; F. DE STEFANO, Intervista a C. CARUSO, G. LATTANZI, G. LUCCIOLI, M. LUCIANI su *La pandemia aggredisce anche il diritto?* in [Giustizia Insieme](#), 2 aprile 2020; A. PITRONE, *La crisi sociale dopo quella sanitaria da COVID-19: è possibile ripartire dal pilastro europeo dei diritti sociali?* in [ius in itinere](#), n. 1/2020; G. DE MINICO, *La tutela dello Stato di diritto in emergenza*, Intervista in [Radio radicale](#) del 26 marzo 2020; U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di “coronavirus” come problema costituzionale e amministrativo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 1/2020; A. RUGGERI, [Il coronavirus, la sofferza tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in questa [Rivista 2020/1](#), 210 ss.; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2020; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [Federalismi.it](#), n. 6/2020; G. GUZZETTA, *Una democratica cultura dell'ordine, solo antidoto alla pandemia del diritto*, in [Il Dubbio](#), 21 aprile 2020; P. SAMMARCO, *Lo stato di diritto infettato dal Covid. E il futuro è tutt'altro che roseo*, in [Il Tempo](#), 28 aprile 2020; L. PANZANI, *COVID-19. Un'emergenza destinata a protrarsi. Appunti per il “dopo”*, in [Federalismi.it](#), n. 10/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2020; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in [Osservatorio AIC](#), n. 3/2020; M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al covid-19*, in [Osservatorio AIC](#), n. 3/2020; E. GROSSO, *Legalità ed effettività nel tempo del diritto costituzionale dell'emergenza*, in [Federalismi.it](#) n. 16/2020.

⁷ Sintomatica al riguardo è la particolare drasticità delle misure adottate nella Repubblica popolare cinese, fino ad arrivare alla comminazione della pena di morte, a quanto riferito da più parti, in casi di violazione da parte di cittadini delle regole particolarmente rigorose loro imposte per evitare il diffondersi del contagio.

⁸ Significativo il caso della Svezia che si è attenuta al criterio di alterare il meno possibile la vita pubblica, pur non essendo poi mancate le critiche alla via seguita.

3. *Sulle misure da noi adottate a fronte della situazione prodotta dalla pandemia in oggetto: interrogativi e riserve su diversi profili delle modalità di intervento nella fase di maggior virulenza*

La Costituzione italiana, come è noto, se si prescinde dalle previsioni dell'art. 60, comma 2, concernente la proroga delle Camere per legge soltanto in caso di guerra, e dell'art. 78 relativo al conferimento al Governo dei poteri necessari nel caso di deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere⁹, non prevede in alcun suo altro articolo disposizioni per la disciplina di uno stato di emergenza o di eccezione.

Non occorre invece spendere parole per sottolineare come del tutto diverso sia il discorso relativo a quegli atti con forza di legge, quali i decreti legge che, pur presupponendo per l'adozione da parte del Governo la sussistenza di "casi straordinari di necessità e d'urgenza" (art. 77, comma 2, Cost.), sono inseriti dalla stessa Costituzione nel novero delle fonti primarie statali¹⁰.

Che le misure da noi adottate a fronte della pandemia di "covid-19" siano state frutto di una situazione di straordinaria necessità ed urgenza tale da richiedere una congruente risposta dal punto di vista giuridico che non avrebbe potuto prescindere da una legislazione d'urgenza che solo il decreto-legge avrebbe potuto assicurare è incontestabile¹¹.

Non sembra però fuori di luogo porsi qualche interrogativo sulle modalità di intervento, soprattutto con riferimento alla fase più virulenta della pandemia protrattasi almeno in Italia per un periodo di tempo compreso tra i mesi di febbraio e maggio 2020.

Ci si può anzitutto chiedere se e fino a che punto gli strumenti giuridici adottati siano propriamente in linea con i canoni della legittimità costituzionale.

Già di primo acchito potrebbe destare sorpresa – pur senza per questo profilo soltanto volersi porre interrogativi di legittimità costituzionale – il rapido succedersi, dopo la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario per un periodo di sei mesi, di un elevato numero di decreti-legge, talvolta anche vertenti sugli stessi o analoghi oggetti, in un pur breve spazio di tempo¹².

⁹ Si vedano, tra gli scritti sui relativi articoli: G. FERRARI, *Stato di guerra (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, vol. XIX, 816 ss.; S. TRAVERSA, *Proroga e prorogatio delle Camere*, Roma, 1983; G. D'ORAZIO, *Proroga delle Camere*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXVII, 428 ss.; A.A. ROMANO, *Proroga e prorogatio*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, vol. XXV, 19 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004.

¹⁰ Cfr., tra gli scritti più recenti in argomento, F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico* a cura di F. MODUGNO, Torino, 2012, 144 ss.; G. CANALE, *Riserva di legge e atti con forza di legge: prime riflessioni*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, Tomo I, 343 ss.; A. PAPA, *Fonti del diritto nazionale*, in *L'ordinamento della Repubblica*, cit., 143 ss.; R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019, 348 ss.; G. DE VERGOTTINI e T.E. FROSINI, *Diritto pubblico*, Padova, 2019, 86 ss.

¹¹ Se, peraltro, è incontestabile che le straordinarie misure da noi adottate a fronte di una situazione quale quella prodotta dalla pandemia di "covid-19" sono frutto di una situazione di necessità che non si può esitare a definire eccezionale, non si possono legittimare posizioni estreme secondo cui tali misure andrebbero piuttosto ricondotte alla necessità quale autonoma espressione di un diritto non scritto comunque trascendente i canoni di costituzione formale. Sui diversi significati attribuiti in dottrina al concetto di necessità – che vanno dal riferimento alla necessità "come motivo ispiratore e ragion d'essere di ogni atto o fatto normativo" fino a quel tipo di necessità intesa nel significato di "fatto di autonoma produzione giuridica (*come*) quando opera all'infuori o anche contro la legge, apparendo di per sé capace di legittimare l'atto altrimenti illecito" – si veda C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, 1975, 317 s..

¹² Tali, in particolare, il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" (convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13); i decreti-legge 2 marzo 2020, n. 9 ("Misure urgenti per sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"), 8 marzo 2020, n. 11 ("Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria"), nonché 9 marzo 2020, n. 14 ("Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza da COVID-19"), peraltro tutti e tre abrogati dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 (fatti salvi gli atti adottati e gli effetti prodottisi a seguito dei predetti decreti); i decreti-legge: 17 marzo 2020, n. 18, CuraItalia, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" (convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27); 25 marzo 2020, n. 19, recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"; 8 aprile 2020, n. 22, recante

Ma vi è dell'altro e tale da suscitare perplessità.

Sempre per fare fronte all'emergenza causata dalla pandemia da "covid-19" si è registrato, sempre a livello nazionale, il ricorso anche a tutta una serie di altri strumenti tra i quali vengono in considerazione i numerosi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.), adottati per lo più in attuazione dei decreti-legge testé richiamati¹³, nonché numerosissime altre misure consistenti soprattutto in decreti, ordinanze e circolari ministeriali – specialmente dei Ministeri della salute e dell'interno¹⁴ – e della Protezione civile¹⁵.

Se si considerano poi le misure adottate a livello regionale, pur a fronte della diversa incidenza della pandemia che ha raggiunto il culmine in Lombardia, non si possono non rilevare le diversità ed a volte anche le contraddizioni tra talune prese di posizione degli organi di governo di varie Regioni – basti considerare il diverso approccio registratosi tra la Lombardia ed il Veneto, anch'esso colpito in notevole misura dalla pandemia anche se non allo stesso livello della Lombardia – ed anche tra alcune Regioni e lo stesso Governo nazionale. Per non dire dei diversi atteggiamenti, in termini di misure di contenimento, registratisi nei Comuni ed anche tra taluni dei principali Comuni e le stesse Regioni, atteggiamenti non sempre giustificati dal grado di incidenza del "covid-19"; e comunque, anche dal punto di vista del numero oltre che dei contenuti, non può non sorprendere la congerie di ordinanze regionali¹⁶, di provvedimenti delle amministrazioni comunali sui più diversi oggetti e dai più diversi contenuti.

Un *surplus* quindi di misure interventistiche in un contesto di contraddizioni tanto da ingenerare nel suo insieme non pochi problemi nel fare fronte alla situazione di emergenza sanitaria creatasi. Misure interventistiche che hanno raggiunto il loro acme nella c.d. "fase 1", teoricamente protrattasi

"Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato"; 8 aprile 2020, n. 23, recante "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti per le imprese, poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali; 20 aprile 2020, n. 26, recante "Misure urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020"; 30 aprile 2020, n. 28, recante, tra l'altro, "...misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta covid-19"; 10 maggio 2020, n. 29, recante "Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19 ..."; 10 maggio 2020, n. 30, recante "Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2". Decreti-legge, invero, alcuni dei quali convertiti in legge seppure dopo il termine della c.d. "fase 1", altri invece, almeno allo stato, ancora all'esame del Parlamento.

¹³ Quali: i d.p.c.m. 23 e 25 febbraio e 1°, 4, 8, 9, 11 e 22 marzo 2020, contenenti disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione epidemiologica da COVID-19"; i d.p.c.m. 1° e 10 aprile 2020, contenenti disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"; il d.p.c.m. 26 aprile 2020, integralmente sostitutivo del d.p.c.m. 10 aprile 2020, contenente misure riguardanti il contrasto e il contenimento sull'intero territorio nazionale del diffondersi del coronavirus e in vigore dal 4 maggio 2020 con efficacia fino al 17 maggio 2020; il d.p.c.m. 10 maggio 2020 di istituzione del comitato di esperti in materia economica e sociale; il d.p.c.m. 12 maggio 2020 di integrazione del comitato di esperti in materia economica e sociale. D.P.C.M., quelli testé elencati, la cui efficacia è venuta meno se si prescinde, allo stato, dal d.p.c.m. entrato in vigore il 4 maggio u.s. e da qualche altro come quello del 25 febbraio u.s. e i d.p.c.m. relativi al Comitato di esperti in materia economica e sociale.

¹⁴ Tra le quali, solo per fare qualche esempio tra le tante, le ordinanze del Ministro della salute del 30 gennaio e del 20 marzo 2020 contenenti rispettivamente misure profilattiche contro il nuovo coronavirus e ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 applicabili all'intero territorio nazionale; l'ordinanza del Ministro della salute e del Ministro dell'interno del 22 marzo 2020 recante ulteriori misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale; la circolare del Ministro dell'interno 14 marzo 2020 contenente precisazioni riguardanti l'apertura dei mercati e dei centri commerciali nei giorni prefestivi e festivi.

¹⁵ Sulle finalità, attività e composizione del Servizio nazionale della Protezione civile, nonché sulla "tipologia degli interventi emergenziali di protezione civile" si veda d.lgs. 2 gennaio 2018 – Codice della protezione civile (specie artt. 1, 2, 3, 7). Sui provvedimenti emanati dal Dipartimento della Protezione civile per l'attuazione ed il coordinamento delle misure necessarie per il contenimento ed il contrasto dell'emergenza da epidemia COVID-19 cfr. Normativa emergenza Coronavirus (sul sito della [Protezione Civile](#)).

¹⁶ Basti pensare ai quasi quattrocento provvedimenti delle Regioni e delle Province autonome – nella stragrande maggioranza ordinanze – fino al 3 maggio 2020; ed alle numerose altre ordinanze sempre delle Regioni e delle Province autonome emesse nelle successive due settimane con l'avvio della c.d. "fase 2".

fino al 3 maggio 2020 ai sensi del d.p.c.m. 26 aprile 2020, ma solo con aperture molto ridotte nelle successive due settimane e non senza qualche margine di ambiguità e interrogativo senza risposta.

Il quadro sarebbe poi mutato, segnando il superamento della maggiore emergenza e il passaggio a sempre maggiori aperture a seguito della deliberazione del Consiglio dei ministri del 15 maggio 2020 e la conseguente emanazione del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, applicabile fino al successivo 31 luglio e comportante la cessazione di tutta una serie di misure limitative, sia pure per tappe e con il monitoraggio delle Regioni relativamente al proprio territorio, nonché la quasi contestuale emanazione (il 17 maggio) di un d.p.c.m. di attuazione del decreto-legge *de quo*.

Ma ritornando alle misure interventistiche che hanno caratterizzato i tempi di maggiore virulenza della pandemia, non è quello sopra considerato, relativo cioè al *surplus* di misure interventistiche allora adottate, il solo profilo da considerare dal punto di vista delle criticità.

Se si considerano infatti le limitazioni almeno di taluni aspetti di libertà fondamentali a seguito delle anche drastiche misure restrittive adottate, perplessità può sollevare la congerie di misure cui si è fatto ricorso in ambiti a volte anche coperti da riserve di legge assolute¹⁷.

Non si vuole qui porre la questione se le materie coperte da riserva di legge, compresa la riserva di legge assoluta, possano essere regolate anche con atti aventi forza di legge¹⁸, a meno che non si tratti di riserve di legge formale come ad esempio le leggi di conversione dei decreti legge, le leggi delega, le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali ed altre ancora.

Le maggiori perplessità ed anche criticità riguardano piuttosto il fatto che ampi spazi sono stati lasciati alla regolamentazione per il tramite di atti non legislativi. Basti pensare alla serie di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, formalmente etichettati come di attuazione di decreti-legge ma in realtà spesso integrativi di non pochi aspetti di questi¹⁹. Il che appare incompatibile se si considera quanto tutto questo abbia potuto incidere su ambiti di diritti di libertà che, in quanto coperti da riserve di legge assolute, avrebbero potuto essere disciplinati solo con leggi o atti ad esse equiparati, quali appunto i decreti legge. Per non dire poi – come del resto dianzi rilevato²⁰ – della congerie di altri atti ministeriali, regionali o di enti locali, che più volte hanno parimente debordato in vari modi dai propri ambiti di competenze.

4. Interrogativi sulla stessa conciliabilità delle misure interventistiche adottate con diritti costituzionalmente garantiti, o almeno con alcuni aspetti di essi, nel contesto di sospensioni – seppure temporanee – di norme della Costituzione

¹⁷ Sulla riserva di legge in generale e in diversi suoi aspetti, oltre al classico scritto di S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Padova, 1963, si vedano: A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, 1975, 341 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto* in *Manuale di diritto pubblico* a cura di G. AMATO e A. BARBERA, Bologna, 1984, 152 ss.; R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989; L. CARLASSARRE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; A. D'ATENA, *La riserva di legge*, in *Dalle Costituzioni nazionali alla Costituzione europea* a cura di B. PEZZINI e C. SACCHETTO, Milano, 2001, 153 ss.; A. PAPA, *Fonti del diritto nazionale*, in *L'ordinamento della Repubblica*, cit. 137 ss.; R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019, 353 ss.

¹⁸ V. però L. CARLASSARRE, *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, II, 423 ss.

¹⁹ Basti considerare come il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, disponga, all'art. 2, che "Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure (oltre a quelle di cui alla aperta elencazione dell'art. 1, comma 2, dello stesso d.l.) di contenimento e gestione dell'emergenza al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1". Disposizione, questa, palesemente censurabile sotto il profilo della legittimità se si considera che nelle materie coperte da riserva di legge assoluta, come evidenziato da autorevole dottrina, è possibile rilasciare alle stesse "fonti subordinate solo l'emanazione di disposizioni di dettaglio necessarie all'esecuzione (e perciò solo *secundum legem*, non *praeter* e tanto meno *contra*)" (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, cit., 343). Limitazione, invero, quella del "minore ambito che può essere lasciato dal legislatore all'interno della materia riservata" nelle riserve assolute, che vale, come del pari rilevato in dottrina, oltre che per le fonti secondarie, anche per le "scelte discrezionali dell'esecutivo" in genere (F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in *Manuale di diritto pubblico*, cit., 154).

²⁰ Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, testo e note 13, 14 e 15.

Sviluppando il discorso sempre con riferimento al quadro italiano sono possibili considerazioni di vario ordine e natura con specifico riferimento – in sintonia con l’obiettivo del presente scritto – ai rapporti, in termini di conciliabilità, tra le misure da noi adottate per far fronte alla pandemia da “Covid-19” e diritti costituzionalmente garantiti o almeno alcuni aspetti di essi: considerazioni che implicano seri interrogativi di legittimità costituzionale²¹, tenuto soprattutto conto dei diritti in oggetto e delle stesse modalità di intervento su di essi.

L’attenzione va rivolta, come ben si può intendere, alla tipologia delle misure adottate in particolare nella fase più virulenta della pandemia: misure riguardanti non solo la chiusura di una vasta serie di locali, con l’eccezione di supermercati, negozi di alimentari, farmacie, tabaccherie ed edicole²², ma tali appunto da incidere direttamente su libertà dei cittadini.

Basti pensare, tra le altre, alle restrizioni anche notevoli apposte alla libertà di domicilio (art. 14 Cost.), con l’impossibilità ad es. di trasferire nel periodo delle restrizioni la propria dimora da un luogo all’altro della stessa Regione; alla libertà di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.) non solo in qualsiasi parte del territorio nazionale ma anche da un comune all’altro sempre della stessa Regione; all’istruzione di ogni ordine e grado (art. 34 Cost.) in locali scolastici ad essa adibiti; al lavoro almeno in alcune sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.); all’iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) che rappresenta uno dei caposaldi dei rapporti economici in Costituzione; e ad altre libertà ancora²³.

Restrizioni, invero, suscettibili di limitare a tal punto – in particolare nella fase più virulenta della pandemia – sfere anche inviolabili di libertà personale²⁴, da pervenire a conseguenti temporanee “sospensioni” – se non “rottture” – di norme della Costituzione.

Il discorso a questo punto tende a complicarsi.

Come è d’uopo ricordare, si è a suo tempo sostenuto da autorevole dottrina, che si possono “tenere distinte dalle ‘rottture’ le ‘sospensioni’ di norme costituzionali, perché, anche se a contenuto generale,

²¹ Concetto, quello di “legittimità” in generale, che, in quanto inteso come “conformità ad una legge” è stato a volte anche ritenuto in certo qual senso equivalente a quello di “legalità” nel suo significato di “rispetto della legge” (cfr. C. RUPERTO, nel suo discorso sulla legalità costituzionale letto nella Provincia autonoma di Bolzano il 17 novembre 2001). Tra i contributi in tema di tali concetti si vedano: S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 695 ss.; E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996; P.P. PORTINARO, *Legittimità*, in *Enc. scienze sociali*, 1996; F. MANCUSO, *Legalità, legittimità, costituzione*, testo presentato, con qualche successiva integrazione bibliografica, al *Colloque “La violence et la norme”*, 28-29 aprile 2011, Parigi, Université Paris1; A. CARRINO (a cura di), *Legalità e legittimità nell’interpretazione costituzionale*, Milano, 2019. Sul principio di legalità costituzionale quale principio che investe l’area della legislazione e dei rapporti tra i poteri statali e tra gli organi costituzionali cfr. F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico* a cura di F. MODUGNO, cit., 115 ss.

²² E solo limitatamente ridotte – come già accennato (cfr., *supra*, § 3) – all’inizio del passaggio alla fase successiva.

²³ Si vedano, su di tali misure restrittive e sul loro impatto su diritti costituzionalmente garantiti, tra i vari scritti e interventi: C. CAPRIOGGIO e E. RIGO, *Le restrizioni alla libertà di movimento ai tempi del covid-19*, in *Questione Giustizia*, 30 marzo 2020; F. MARTONE, *Covid-19: stato di emergenza e rispetto dei diritti umani*, in *Greenpeace, Italia*, 7 aprile 2020; L. PANZANI, *COVID-19. Un’emergenza destinata a protrarsi*, cit.; P. GIORGIO, *Legislazione d’emergenza e libertà fondamentali: la privacy ai tempi del COVID-19*, in *filodiritto*, 23 aprile 2020; G. BLANDO, *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020; S. PRISCO e F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, *ibidem*; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione ai tempi del Covid-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2020; A. VENANZONI, *L’innominabile attuale. L’emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, *ibidem*; P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell’emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020; M. MINISCALCO, *La sorveglianza attiva per contrastare la diffusione dell’epidemia di Covid-19: strumento di controllo o garanzia per i cittadini?*, *ibidem*, n. 3/2020; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “Covid-19”*, *ibidem*, n. 3/2020; V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, *ibidem*; A. LORENZETTI, *Il carcere al tempo del Covid-19*, *ibidem*.

²⁴ Tipologie di limitazioni, quelle esemplificativamente elencate nel testo, che non hanno trovato riscontri, o comunque li hanno trovati in misura ben più attenuata, in qualche altro ordinamento del nord Europa o anche in Giappone, nonché in diversi Stati membri degli U.S.A.: ordinamenti in cui le misure restrittive adottate hanno riguardato la chiusura anche di molti locali e luoghi di ritrovo, senza però limitare almeno direttamente ambiti di libertà individuali e nemmeno sanzionare penalmente, come invece in Italia, comportamenti individuali dei cittadini in quanto tali per alcune inosservanze di misure restrittive.

non hanno lo scopo di sostituirlle con altre, ma solo di interrompere provvisoriamente l'efficacia di una o più delle disposizioni, in corrispondenza ad eventi eccezionali che non potrebbero essere efficacemente fronteggiati se si dovessero rispettare le disposizioni stesse e che ne richiedono quindi in modo urgente la temporanea quiescenza"²⁵.

Ora, una volta ritenuta, anche a fronte di una situazione di indubbia grave necessità come quella prodotta dalla pandemia da covid-19, l'impraticabilità di un ricorso a misure restrittive da adottare accedendo ad un concetto di necessità intesa come fonte fatto trascendente i canoni della stessa Costituzione formale, come fatto di autonoma produzione giuridica che trova solo in sé stessa la propria legittimazione²⁶, si è scelto di ricorrere nella specie a misure riconducibili alla tipologia delle fonti atto.

Da alcuni Autori, invero, si è ritenuta la possibilità di introdurre deroghe temporanee a norme costituzionali, facendo ricorso a "leggi costituzionali di emergenza"²⁷. Dati i tempi, peraltro, per l'approvazione di una legge costituzionale, non si vedono le possibilità di ricorsi ad essa a fronte di situazioni di emergenza, come nel caso della pandemia da Covid-19, che richiedono massima immediatezza di interventi.

Sicché, una volta ammessa la "possibilità di impiegare, per poterle effettuare, strumenti diversi dalla legge costituzionale", una risposta in senso affermativo è stata data – per restare nei termini della legalità costituzionale senza ricorrere a fonti-fatto al di fuori di essa – "quando si è trattato dei decreti legge"²⁸.

Anche aderendo però a questa soluzione, se non altro per esclusione delle altre prospettate, e superando quindi le pur sempre possibili riserve di ordine giuridico ad essa correlate, fondate criticità non può comunque non sollevare la congerie di misure diverse dai decreti legge cui si è fatto ricorso – come si è in precedenza diffusamente evidenziato²⁹ – in ambiti oltre tutto concernenti aspetti anche inviolabili di diritti costituzionali con conseguenti seppure temporanee sospensioni degli stessi anche per il tramite di atti non legislativi³⁰.

A queste considerazioni – indubbiamente di carattere prioritario – altre se ne potrebbero aggiungere – seppure in termini molto ipotetici – concernenti la reale giustificabilità, almeno in taluni casi, delle limitazioni sopra considerate. Una giustificabilità che sarebbe correlata a non irragionevoli distinzioni tra soggetto e soggetto: se infatti un senso hanno indubbiamente limitazioni dirette di libertà personali di individui in quarantena o che comunque possono contagiare altri sussistendo fondate possibilità di essere positivi al virus, non si potrebbe dare del tutto per scontato l'assunto che limitazioni identiche possano essere indiscriminatamente imposte – per meglio dire lo potrebbero essere state almeno nella fase più virulenta della pandemia – anche ad individui guariti da tempo debito dal virus e quindi da ritenere non contagiosi, stando almeno a responsi basati su talune ricerche mediche, o comunque con ben meno elevati rischi di contagiosità³¹. Anche se ci si rende conto delle notevoli difficoltà pratiche di soluzioni del genere.

²⁵ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, cit., 1238.

²⁶ Cfr. *supra*, nota 11 e dottrina ivi richiamata. Sempre sulla necessità intesa come fatto normativo riferibile a casi che "non possono, per definizione, essere disciplinati" cfr. P. CARETTI e U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012, 593.

²⁷ Si vedano, in tal senso, P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1998, 305 s., che però definiscono tali deroghe temporanee "rottture" della Costituzione. Sulla rottura della Costituzione in generale si vedano tuttavia: F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1, 2013, 5 s.

²⁸ Come a suo tempo riportato, pur non senza qualche dubbio, da C. MORTATI, *op. et loc. ult. cit.*.

²⁹ Cfr. *supra* § 3.

³⁰ Si veda, in proposito, M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020.

³¹ Così secondo una ricerca condotta in una Università di Chongqing (Cina) l'infezione da Sars-Cov2 produce una reazione da parte del sistema immunitario tale da portare all'immunizzazione nel 100% dei casi. Non sono peraltro mancati nella realtà casi di ricadute a breve distanza di pazienti già guariti, come ad es. nella Corea del Sud, anche se le percentuali di persone tornate positive dopo la guarigione risulterebbero – almeno a quanto è dato sapere – notevolmente basse.

5. La ragionevolezza come criterio basilare suscettibile di giustificare interventi limitativi dell'esercizio degli stessi diritti fondamentali

Dalle considerazioni sino a qui svolte si può dedurre che la possibilità di pervenire a limitazioni ed anche a temporanee sospensioni di diritti anche fondamentali a supporto del diritto alla tutela della salute nell'interesse della collettività deve comunque rispondere al criterio di ragionevolezza.

Un criterio, quello della ragionevolezza, di cui si è avvalsa, da un punto di vista interpretativo, la Corte costituzionale italiana, oltre ad altre importanti Corti europee ed extraeuropee.

In base a tale criterio il sindacato di costituzionalità delle leggi investe non solo la legittimità ma anche il merito delle scelte del legislatore. La giurisprudenza della Corte costituzionale ha inoltre collegato il giudizio di ragionevolezza al principio di uguaglianza, ha configurato il principio di ragionevolezza delle leggi alla stregua di un corollario del principio di uguaglianza, tanto da dare vita alla figura dell'eccesso di potere legislativo³².

Per tornare quindi, a conclusione del presente scritto, alle eventuali limitazioni di diritti anche fondamentali a supporto del diritto alla tutela della salute in situazioni di straordinaria emergenza – tra le quali rientra indubbiamente la pandemia determinatasi per effetto del “covid-19” – giustificato appare il ritenere che il punto di equilibrio tra valori costituzionali vada ricercato in una “non irragionevole opera di bilanciamento” tra gli stessi valori, opera di bilanciamento che vede la ragionevolezza in simbiosi con i valori di giustizia e di equità³³.

Una “non irragionevole opera di bilanciamento che, proprio in ragione dell'insopprimibilità di quel “nucleo essenziale” del diritto alla salute che comprende quegli aspetti di cui in nessun caso si può essere privati, può comportare a salvaguardia dello stesso “nucleo essenziale” limitazioni di altri diritti costituzionalmente garantiti, ricorrendo, pur non senza qualche forzatura sul piano teorico, all'unico strumento possibile realisticamente offerto, quello cioè della decretazione d'urgenza, anche nei termini di una sospensione degli stessi diritti: sempre però che si tratti di una sospensione meramente temporanea e non comporti altre restrizioni al di fuori di quelle strettamente necessarie per non fuoriuscire dal contesto di un equilibrato bilanciamento tra valori costituzionali.

³² Cfr. A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in [Treccani \(online\)](#), 2018. Sempre in merito al criterio della ragionevolezza si vedano: L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, IV, Agg., Milano, 1997; AA.VV., *Ragionevolezza e leggi di interpretazione autentica*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, tomo I, 63 ss.; G. DE MINICO, *Sulla tutela dello Stato di diritto in emergenza*, Intervista a [Radio radicale](#) del 26 marzo 2020, cit. Nel senso che “nella Costituzione sono indicate le ragioni che possono giustificare limitazioni dei diritti e gli strumenti con cui tali limitazioni si possono imporre” e che “nella giurisprudenza costituzionale...si trovano orientamenti anche sulla misura di queste limitazioni, che devono sempre essere ispirate ai principi di necessità, proporzionalità, ragionevolezza, bilanciamento e temporaneità” si veda M. CARTABIA, *Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi. Possibili limitazioni ai diritti ma proporzionate e a tempo*, intervista in [Corriere della sera](#), 29 aprile 2020, 9. Sul bilanciamento tra diritti costituzionali fondamentali nella gestione dell'emergenza da “Covid-19” si veda F. SGRÒ, *Brevi riflessioni sul principio di legalità e sul bilanciamento tra i diritti costituzionali fondamentali nella gestione dell'emergenza “Covid-19”*, in *Guerre ibride e pandemie. La nuova era dopo il Covid-19*, in *Civica – Supplemento al n. 1/2020*, 19 ss.

³³ Cfr. al riguardo Corte cost., a titolo di esempio, tra le altre, [ord. n. 304/1994](#), e [sent. n. 264/1994](#) Sulla nutrita giurisprudenza costituzionale in materia di ragionevolezza si veda CORTE COSTITUZIONALE – SERVIZIO STUDI, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese (giurisprudenza costituzionale 1993-2013), luglio 2013 ([nel sito della Corte costituzionale](#)),. Sempre in argomento si vedano in dottrina tra i vari scritti: R. BIN, *Diritti e argomenti – il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994 A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

Luigi Ventura

Diritto e fatti*

ABSTRACT: *The paper examines several questions posed by the relationship between politics and law, highlighting the numerous aporias in a constitutional perspective.*

1. Il rapporto tra diritto e politica potrebbe essere declinato in modi diversi, riconoscendo come indiscutibile la supremazia della seconda sul primo, oppure, al contrario, ritenendo possibile imporre limiti giuridici alle stesse dinamiche della politica, per quanto fluide e imprevedibili esse appaiano. Io vengo da una tradizione personale in cui, fin dal 1984, in un libro sulla “Fedeltà alla Repubblica”¹ ho sostenuto e sostengo, tuttavia, che le convenzioni costituzionali non esistono come regole giuridiche, in quanto basta la loro violazione perché la regola non ci sia più.

Sono altresì convinto dell’inesistenza, nel nostro ordinamento, di regole che nascano da convenzioni, essendo stata solo la *conventio ad excludendum* la norma fondamentale non scritta che ha guidato la costituzione dei governi nei primi cinquanta anni della Repubblica.

Il costituzionalismo presuppone la seconda concezione del rapporto: il modello di una politica *legibus soluta* è del tutto inconciliabile con l’esistenza stessa di una Costituzione democratica e pluralista, di un atto normativo che positivizza un nucleo di valori fondamentali, tra cui soprattutto la libertà e l’eguaglianza, e ne fa i limiti ma, al tempo stesso, costituisce i fini verso cui l’intera comunità politica dovrebbe orientare la gestione della cosa pubblica.

La concezione che, invece, ispira i comportamenti quotidiani degli attori politici e che informa regolarità politiche – cui personalmente non riconosco alcuna presenza nel nostro ordinamento (anzi, mi verrebbe da dire, che la politica si caratterizza per la sua *irregolarità*) – sempre più incerte e mutevoli sembra essere proprio quella opposta di una politica in grado di piegare il diritto ad ogni sua esigenza, una politica ingovernabile, che tenta di imporsi dietro le maschere grottesche di rappresentazioni populistiche della sovranità popolare.

Mentre nella prospettiva deontologica dovrebbe essere la politica a lasciarsi governare da un diritto, seppur a “maglie larghe”, seguendo un mito obsoleto e fallito di natura illuministica, bisogna, tuttavia, aggiungere che è la politica, attraverso le istituzioni democratiche, a fare le regole. Da ciò, per un verso, nascono alcuni paradossi, sui quali non mi soffermerò (un esempio per tutti, il paradosso del “riformatore riformato”), ma rende mistificante lo stesso rapporto tra poteri, perché se è la politica che fa le leggi e, ad esempio, i magistrati sono soggetti soltanto alla legge, è un falso problema il contrasto, in tesi, tra politica e magistratura. Il fatto è, tuttavia, che la politica non può, in uno Stato costituzionale democratico, fare costantemente leggi incostituzionali e *ad personam* proprio in questa materia così delicata.

Ma i mali della magistratura, come dimostra la realtà presente, nascono soprattutto in maniera endogena (oltre che nei rapporti con la politica); sono mali che possono essere rilevati nel corpo, magari nel modo di essere e di agire da singoli magistrati o da correnti.

La distanza tra regole costituzionali e, diciamo con i molti, regolarità politiche esprime un’intollerabile divaricazione tra i suddetti modelli, dinanzi alla quale non ci si può non interrogare sul grado di effettività della stessa Carta repubblicana.

Da tempo vado dicendo che è in crisi, nel nostro Paese, la condizione fattuale primaria (e non solo) di legittimazione di una Costituzione democratica: quell’unità nei valori che conferisce senso allo stesso principio democratico e a tutte le sue forme di inveroamento (a cominciare dal principio di maggioranza). Ed il fatto che molti Presidenti della Repubblica, compreso il Presidente Mattarella, la invocano sistematicamente significa che essi ne certificano la carenza. Io dico la inesistenza.

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

¹ L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1984.

Posto, dunque, che il costituzionalismo richiede una precisa scelta di campo in merito alla definizione dei rapporti tra politica e diritto e che la ragione d'essere di un diritto costituzionale risiede proprio nella possibilità di porre limiti giuridici al potere politico, l'essenziale questione che si pone oggi all'attenzione di tutti i costituzionalisti è quella dell'attualità, in un contesto fortemente segnato dalle trasformazioni indotte dalla globalizzazione dei mercati e dalla crisi delle istituzioni liberal-democratiche, di un diritto autenticamente "sovra-politico".

Sul tema, pertanto, è oggi chiamato ad interrogarsi, a maggior ragione, ogni costituzionalista, sia egli o meno un professore di diritto costituzionale, ed ogni giurista o filosofo che si riconosca nei principi della Costituzione repubblicana.

Su tale questione, pertanto, da costituzionalista, mi piace richiamare l'attenzione e mi sento in dovere di aggiungere soltanto che i problemi da affrontare non possono essere disgiunti dal rapporto, a sua volta, tra etica e politica. Senza volere esprimere sbrigativamente concetti (ancorché reali) che possano essere definiti "da grandi magazzini", vorrei dire della mia convinzione che l'etica protestante o, meglio ancora, calvinista, nei Paesi del Nord Europa, che ho frequentato per vent'anni (*for enjoyment*, sia chiaro), in cui è penetrata, ha avuto un influsso positivo sia sulla politica che sull'amministrazione. Ma in Italia, come altrove e più volte affermato, non c'è stata una vera rivoluzione borghese, non ci sono state una riforma o una controriforma, non c'è stato nulla che ci possa assimilare alle grandi democrazie europee. Vige sotterraneamente nella nostra cultura l'"etica del perdono".

Del pensiero hegeliano vorrei fosse recuperato, non già la conseguenza ultima, lo Stato etico, ma un rapporto di natura etica, questo sì, tra società civile e istituzioni del potere.

Vorrei ancora aggiungere che il linguaggio della politica, e, senza nessun pur facile moralismo, i comportamenti anche individuali a sostegno, denotano una sempre più evidente, regressione culturale a suffragio di un *deficit* di responsabilità, e la violazione continua del dovere costituzionale, e quindi giuridico, di svolgere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore. Nel disastro morale, economico, sociale, del decoro e della decenza non possiamo che invocare una sorta di forte moralità delle regole pubbliche, forse inutilmente.

È mio convincimento che il mercato, anche se globale, ha, come già detto in altre e diverse sedi, vitale bisogno di una platea di consumatori, che solo le politiche inclusive dello Stato sociale possono creare attraverso la redistribuzione della ricchezza; poiché, altrimenti, classi o ceti sarebbero spinti al di fuori del mercato e della stessa convivenza civile, oltre che della legalità. Il che, naturalmente, aprirebbe l'argomento per altre sedi di discussioni.

Certo, come ho avuto modo di notare altrove, mi colpisce che l'allora Presidente della Corte costituzionale, Gaetano Silvestri, che, da studioso, pone i diritti della persona come non bilanciabili e rigorosamente sostiene l'indivisibilità tra eguaglianza, libertà e dignità umana, quest'ultima come principio archimedeo dell'ordinamento, sia stato costretto dalla sua funzione, nell'aprire il Convegno dell'Associazione italiana costituzionalisti a Padova, a puntualizzare giustamente che la Corte è composta da giuristi e non da economisti.

Il che lascia intravedere un'idea da me espressa, sulla scia di grandi pensatori dell'Ottocento che hanno segnato la storia del pensiero politico-filosofico e, in altri termini, la storia del Novecento, che è l'economia a fondare e sovrastare i processi politici e quelli della storia.

Il tradizionale rapporto che lega diritto e "fatti" appare, segnatamente negli ultimi anni, profondamente mutato, per non dire ribaltato.

È un insegnamento tramandatoci da Maestri del calibro di Barile quello per cui il diritto dovrebbe assolvere ad una funzione, non solo descrittiva, ma anche e soprattutto "promozionale".

Proprio la funzione promozionale connota, in modo particolare, il diritto costituzionale, sin da quando, con l'entrata in vigore della Costituzione, nel 1948, i Padri costituenti si proposero di dare un nuovo *imprinting* ad una società, come quella italiana, che usciva sventrata dalle guerre. È proprio in nome di questa funzione che l'Assemblea Costituente ha tentato di "educare" una nuova società, ispirandola a valori in completa rottura con quelli prerepubblicani. Si pensi solo al fondamento lavorista di una democrazia segnata da larghe sacche di disoccupazione o, ancora, al riconoscimento e

alla garanzia di una serie di diritti sociali, ossia, come si dice sovente, di diritti costosi, in un momento di gravissima recessione economica.

Eppure, l'analisi di alcune questioni giuridiche di più scottante attualità ha messo in evidenza, negli ultimi anni, un'incidenza sempre più significativa dei "fatti" nella definizione delle categorie giuridiche. Quasi che il diritto non fosse più in grado di orientare ed educare i comportamenti della Comunità, limitandosi ad inseguire gli eventi della società post-moderna.

Gli esempi potrebbero essere numerosi e, tuttavia, limitando l'attenzione ad alcune questioni di maggiore attualità, si potrebbe pensare solo al delicatissimo problema del riconoscimento effettivo delle coppie di fatto, in modo particolare di quelle omosessuali, al diritto di voto degli stranieri, o alla legge sulla cittadinanza, con l'introduzione, al fine, dello *ius soli*, e a tutte le questioni che intersecano le decisioni in materia di bioetica. Si potrebbe pensare, ancora, a come la crisi economica abbia inciso su alcune delicate decisioni in tema di diritti fondamentali, giungendo persino a dettare una revisione costituzionale.

Questioni tutte in cui, per l'appunto, il legislatore evita di legiferare, o evita di fare scelte impopolari, magari in attesa di tempi di maggiore "quiete". Salvo che poi i tempi non danno quiete, ma richiedono il massimo impegno nei riguardi di eccezionalità planetarie. Il senso che altri fatti, come si sa, possono sconvolgere i rapporti tra altri fatti ordinari.

Ma è davvero questa la funzione che spetta al diritto, e a quello costituzionale in particolare, nel nuovo millennio? Quali sono le cause e gli effetti di tale situazione? Quali i rimedi?

Probabilmente, una buona dose di responsabilità grava su una politica politicante debole, che non è in grado di fare scelte impopolari, che rischierebbero di generare la perdita di consensi e, quindi, di voti. Questo determina, però, un ribaltamento anche del tradizionale rapporto tra i poteri e, in modo particolare, tra potere legislativo e giudiziario. L'inerzia del legislatore ha, difatti, esasperato il ruolo creativo della giurisdizione, anche in campi delicati come quello della tutela dei diritti fondamentali, aumentando i casi di decisioni sulla base di principi e non solo di regole. Proprio per tale ragione, più volte le Corti sovranazionali hanno sanzionato il nostro Paese per gravi lesioni dei diritti fondamentali, dovute all'inattività del Parlamento.

La funzione generale della legge appare, in altri termini, retrocedere, a vantaggio di un diritto pretorio e casistico, che rischia, tuttavia, di generare una giustizia a macchia di leopardo, che genera a sua volta il rischio di una frizione con il principio d'eguaglianza, che richiederebbe una tutela eguale di casi analoghi. Difatti, le decisioni più innovative vengono assunte oggi dalle Corti sovranazionali.

Abbiamo assistito poi al fenomeno del terrorismo islamico, fatto epocale, che incide non tanto sulla "posizione", quanto sulla "garanzia" dei diritti fondamentali. Vale a dire che si sta andando velocemente verso la compressione dei diritti fondamentali in Europa, così come è avvenuto negli Stati Uniti dopo l'attacco alle "Torri gemelle" del *World Trade Center*, nel 2001, a causa dei sanguinosissimi fatti determinati dal fondamentalismo e dai vari bracci secolari in cui esso si manifesta. Tutto ciò in nome della sicurezza, e io credo che, nel bilanciamento tra sicurezza e diritti (che le autorità politiche non fanno), a prevalere sarà, per l'appunto, la sicurezza, anche perché in tutti i Paesi d'Europa – ma anche in USA a seguire l'attività politica, talvolta incomprensibile, per non dire altro, di Donald Trump² – prevalgono partiti xenofobi di estrema destra, che mettono in discussione le certezze che ci hanno accompagnato per 70 anni.

Ciò per un verso, poiché è facilmente dimostrabile che i diritti fondamentali e, più in generale, i cosiddetti diritti umani sono patrimonio di un'esigua minoranza di Stati: per l'appunto, gli Stati dell'Occidente che li stanno mettendo in discussione, mentre basta leggere soltanto quotidiani seri (come *La Stampa*, *la Repubblica*, *Il Corriere della Sera*) per vedere *reportage* o richiami di istituzioni che fanno addirittura riferimento all'esistenza, in India, in Cina, per non parlare della Russia, di vere e proprie forme di schiavitù. Ma questo, forse, è tema da affrontare separatamente poiché, al di là delle parole di verità, occorrerebbe portare a conoscenza di chi non legge giornali (il

² Che il prof. Pasquino arriva a definire quantomeno "riprovevole" e "quasi da suprematista bianco": in *Skytg24* del 3 giugno 2020.

98% circa degli Italiani) il materiale elaborato da tali quotidiani; mentre non ho alcuna fiducia dei *social* sul web.

Insomma, a partire dall'esistenza stessa dell'Unione europea, la ragione nutre il più nero pessimismo. L'unica voce ottimista, proprio in nome della misericordia, è quella di S.S. Papa Francesco, il quale, al di là della sua autorevolissima parola, non ha e non può avere strumenti per imporre nemmeno l'ottimismo della volontà. Mi sembra una voce inascoltata anche tra le masse cristiane e cattoliche.

Una cosa è certa: dinanzi alle stragi terroristiche, il bisogno di sicurezza, naturalmente atavico nell'uomo, potrà prevalere sulle esigenze di libertà, soprattutto per il fenomeno di migrazione dai Paesi dell'Africa, dell'Asia e del Medio oriente in guerra, anche dinanzi alla politica miope ed egoista degli altri Paesi europei che lasciano l'Italia, geograficamente esposta agli arrivi dal mare, come terra di nessuno in cui rimangono imbottigliati, per la sostanziale chiusura delle frontiere, flussi enormi di migranti, dei cui diritti fondamentali (umani?) difficilmente ci si occupa.

Un terzo elemento, di cui non si può qui parlare, è la compressione dei diritti sociali, in forza di politiche economiche che non guardano affatto al benessere dei cittadini, laddove è stato impiantato lo Stato sociale.

2. Tutto questo si poteva affermare, senza tema di seria smentita, prima dello scoppio della pandemia del *corona virus*, momento in cui tutto si ribalta e l'economia, la politica e soprattutto i diritti liberali della prima generazione vengono travolti dallo stato di necessità contingente che riguarda, per definizione, tutti i paesi del Mondo e che, nel nostro Paese, si collega al non ancora superato problema economico innescato nel mondo nel 2008.

Che poi l'attuale pandemia interferisca sul sistema economico è fuori discussione ed è sotto gli occhi di tutti. Pertanto, il motore della politica e della Storia viene inceppato dal "fatto" pandemia, alla stessa stregua, su quel piano e non solo, di un fatto come una guerra. E l'economia e la politica sono costrette a fare i conti con la nuova situazione fattuale che predomina su di esse, per l'appunto. Con in più, come a tutti noto, questo stato di crisi incide fortemente, attraverso il dato economico, sull'Unione Europea e sui rapporti, limitando l'orizzonte, tra di essa e l'Italia, che ha dovuto pubblicare un decreto legge, denominato *Rilancio*, che indubbiamente contiene una massa di disposizioni per valore economico preannunciato e verificato di due leggi finanziarie.

Tuttavia, ora che la Commissione europea ha provveduto positivamente nei confronti del nostro Paese con il *Recovery fund*, il dibattito si sposta sull'utilizzo del *Mes* che, a mio giudizio, andrebbe utilizzato per un atavico stato di necessità senza aver bisogno di consigli ed altri *diktat* di leaders europei³.

Ma al di là dei rapporti tra maggioranza ed opposizione, il problema è persino un altro: il nostro panorama è inquinato da un altro fatto, vale a dire la divisione, a volte dissimulata, a volte a chiare lettere, tra europeisti ed anti-europeisti oltre che sulla normale dialettica, spesso pretestuosa, tra maggioranza ed opposizione, ma anche tra le forze di coalizione di governo.

In ogni caso, c'è altro modo per fare intendere che il fatto pandemia spinge il fatto economico ed il fatto politico, riversandosi sulla creazione del diritto?

Ma mi sovengono alcune considerazioni: quale sarà l'esito finale della continua diatriba tra Stato-governo e regioni ed enti locali che si è svolta dinanzi a noi per tutto questo periodo: centralismo ridimensionante le competenze delle Regioni e degli Enti locali, o diffusione di competenze a questi ultimi? Non è di poco conto la risposta. E non dico la mia, che è sicuramente controcorrente. E tuttavia, l'utilizzo del termine "federalismo" ha indotto taluni Presidenti di regione (non già governatori, che nel nostro ordinamento non esistono) a pensare di chiudere i confini delle

³ Il riferimento evidente è ad Angela Merkel, alla quale ha fatto bene il Presidente del Consiglio Conte a rispondere "per le rime", evocando in sostanza la sovranità del nostro Stato. Per altri versi, la proposta di emettere, in alternativa, buoni del tesoro richiama la domanda: "acquistati da chi?"

rispettive regioni nel caso in cui lo Stato disponga (come poi ha fatto) l'apertura nel territorio statale della libertà di circolazione e soggiorno (quasi che in Italia ci fossero venti stati sovrani). Ciò è il prodotto dell'ignoranza assoluta e del frustrante discorso trentennale sul c.d. federalismo, del quale non v'è traccia nell'ordinamento costituzionale, e che, in natura, non esiste "per scissione" (al di là di ciò che ha predicato persino la maggioranza di prestigiosi costituzionalisti).

Resta il fatto dell'impatto apparentemente devastante della pandemia sull'economia e sulla politica. Una considerazione è certamente fondata, mentre nella condizione nella quale ci si trova, in cui da febbraio sono stati necessariamente compresse la libertà di circolazione e soggiorno, quella di riunione, quella di culto e di quant'altro sia costituzionalmente legato ad esse; mentre si profila un *vulnus* del diritto alla *privacy*. Il necessario sforzo economico della seconda fase e probabilmente delle altre a seguire sono rivolti al riconoscimento ed al finanziamento dei diritti sociali. Il che fa giustizia di tesi e chiacchiere precedentemente sostenute. C'è voluto il *corona virus* per attingere a questo risultato. E ciò nel tentativo di tornare alla "normalità"; ma quale normalità, mi chiedo?

3. Mentre liberisti o teorici in cerca di una dimensione sul punto hanno speso e spendono il loro impianto teorico sullo *slogan* "meno Stato, più mercato", oggi, nel complesso dell'universo informativo, ci parlano della necessità di una presenza dello Stato, più che degli Enti intermedi, come è pur legittimo e persino logico che avvenga. Ma vien da chiedersi, perfino nell'impianto teorico, si pretende forse che lo Stato sia un grande erogatore, non vorrei dire elemosiniere, nell'ambito di una concezione assistenzialista, o un "sovrano d'eccezione"? Per quanto mi riguarda, lo Stato è sovrano, punto.

Si dice dell'esigenza di poter disporre di uno Stato forte ed efficiente, nonché dotato di poteri di controllo-decisione; solo che quando lo Stato controlla o decide, si verifica l'opposizione di enti intermedi o forze politiche, che però, tuttavia, sono i primi richiedenti il medesimo controllo e decisione.

Si discute, come sempre, dell'elusione fiscale e però ci si oppone a qualunque forma di "patrimoniale", che non c'entra nulla con l'idea che paghino il loro debito fiscale coloro che evadono o hanno un reddito diverso da coloro che pagano alla fonte il contributo all'erario o di coloro che, semplicemente, sono dei contribuenti corretti.

Qualunque progetto di partecipazione dello Stato per rimuovere dei blocchi che incombono su soggetti economici in crisi, i progetti di intervento hanno come effetto immediato l'accusa di voler procedere a nazionalizzare attività strategiche. Il che sarebbe perfettamente conforme alla Costituzione repubblicana (art. 43) e non può apparire quasi un "crimine" politico-costituzionale il solo proporlo all'interno del "dibattito". Ma nel coacervo di fatti politici, dinanzi al fatto della pandemia, che determina l'esigenza di decisioni, nel momento delle stesse ci sono delle strumentalizzazioni non solo dell'opposizione, ma soprattutto all'interno della maggioranza. Insomma, un valzer di fatti. E ritorna una sorta di ostruzione, di interdizione tipica di ciò che tutti o quasi definiscono seconda Repubblica, di cui più volte ho cercato di dimostrare la non esistenza, trattandosi semmai di un cambiamento di sistema politico, ma che oggi, forse in virtù di una legge elettorale prevalentemente proporzionale, pare di poter osservare un ritorno al passato, alla malattia dei governi di coalizione, per cui forze politiche dal valore "numerico" di un prefisso telefonico, ovvero con numeri esigui rispetto ad altre forze, ma sempre numericamente decisive per l'esistenza di una maggioranza, da sempre, e quantomeno come tipico di tutti i governi dalla fondazione della Repubblica dei quali hanno (quasi sempre) segnato la fine. Si notano dunque i caratteri della c.d. Prima Repubblica tra i quali un multipartitismo polarizzato, ma senza una *conventio ad excludendum*.

Quella esperienza, tuttavia, è meritevole di una analisi complessiva di natura scientifica multidisciplinare da parte di scienziati di altre discipline che serva, per quel che si può, ad evitare la reiterazione anacastica di quella stagione politica.

E potrei continuare a ritroso e a lungo.

Ma vorrei dire qualcosa sulla genesi di quella stagione.

Ciò però non ha niente a che vedere con ostruzioni interne alla maggioranza. Forse, dico forse, la situazione di emergenza che con morti e gravemente infermi non lo dovrebbe consentire, e con una grave crisi economica, in forza della quale presenta il Governo al Parlamento, che tutti dicono equivalente a due manovre finanziarie. E tuttavia così è, come si diceva. E, sono convinto, per esperienza, che sarebbe stato lo stesso dinanzi ad altri tipi di misure. È il c.d. “partito preso” che corrisponde ad una regola non scritta, un fatto, per l'appunto. Comprensibile nella dialettica tra maggioranza ed opposizione, meno comprensibile, e logicamente inspiegabile all'interno della maggioranza; se non fosse che parliamo dell'Italia, in cui certi fenomeni (fatti) vengono sbandierati sui media, mentre sono convinto che guidare il Paese in una fase così tragica, sia dal punto di vista della salute di un popolo, sia per il futuro economico, occorrerebbe una maggiore misura. Ma su tutto questo e quant'altro serva alla politica ed alle decisioni dello Stato, ma anche di enti autonomi, c'è un fatto che incide su tutto, vale a dire il *moloch* della burocrazia, senza dire delle pressioni, a volte opposte, di categorie, di *lobbies* e di corporazioni. Insomma, anche in periodi di estrema crisi è più difficile governare che fare opposizione, ancor di più se populista. Mentre, come sostenuto più volte ed in più sedi, il monito, l'invocazione dell'unità nazionale, da parte del Presidente della Repubblica dimostrano, per l'appunto, come si è detto, la sua inesistenza; e questo è un fatto, *contra constitutionem*, che comprende tutti gli altri fatti.

4. So bene che l'attenzione dei costituzionalisti, il rapporto tra diritto e fatto, è stato prevalentemente messo in luce nella formulazione della “fattispecie normativa”, come oggetto di controllo di legittimità costituzionale, mentre, ellitticamente diciamo, è stato anche oggetto dell'attenzione da parte dei filosofi del diritto.

Il rapporto tra economia – politica ed etica è ancora più ampio ed oggetto di una attenzione multidisciplinare su cui in questa dimensione non voglio ripetermi, avendo già dato nel corso degli anni della mia carriera accademica. Ma in tutto questo panorama entra il fatto(re) tempo a me noto perché è stato oggetto dell'attenzione del mio inimitabile Maestro, Temistocle Martines, che dovrebbe accompagnare economia, politica e diritto, pena la scarsa efficacia delle norme, soprattutto proprio nel caso di una crisi determinata da un fatto come la pandemia.

Si tratta di necessità ed urgenza, quante altre mai, cui non bastano le finanze dello Stato che, qualunque cosa si dica nella persino stucchevole polemica politica, confida nella necessità del contributo dell'Unione europea, che, fatto senza precedenti, ha stanziato nel *Recovery fund* oltre 170 milioni di euro, che secondo tutti i commentatori, anche in virtù delle dichiarazioni di Dombrosky, saranno disponibili dal prossimo anno e a rate, secondo progetti da realizzare tassativamente, pena il congelamento della *tranche*. Oltre al discorso sul MES senza verosimilmente “condizionali” in termine di immediata restituzione e se come tali va senza dubbio preteso e utilizzato.

È chiaro pertanto che occorre avere una progettualità politico-economica ed essere tempestivi negli interventi di ordine strutturale; il che coinvolge il problema di sempre del Paese, vale a dire l'elefantiasi burocratica. Ci vuole, cioè, una capacità di decisione multilivello che non si intravede; quasi che non ci fosse o sia secondario, in una situazione come l'attuale, ma sempre, l'elemento più importante: la Società, fatta di cittadini e di persone il cui estremo disagio è diffuso, pare inutile dirlo, all'intera umanità. Basti pensare alla competizione di Stati e continenti su un possibile vaccino che sembra preludere ad una “guerra” non solo economica, ma anche politica, che possa investire tutti. Ed è nulla il contrasto multicolore tra Stato e regioni, per ignoranza o per l'equivoco sul c.d. “federalismo” che non c'è; è cosa di pochissimo conto, rispetto a quello che può succedere e che, in parte sta succedendo, nel mondo.

Per dire, solo a pensare alle infrastrutture, ai trasporti, alla protezione dell'ambiente, alla ricerca, alla sanità, alla scuola ed alla sopravvivenza dei ceti deboli, al lavoro, riferendosi a temi di lungo termine, non rassicura la parcellizzazione tra Stato, regione ed enti locali minori. Anche se sono fermamente cosciente che si tratta di un discorso difficilmente applicabile nel nostro Paese.

Mi conforta la presenza del Presidente Mattarella ed il lavoro svolto in questi mesi del Presidente

del Consiglio Conte. Sulla sua esperienza mi sono ricreduto (ma non c'era la pandemia). Credevo che fosse un professore, seppure anche avvocato, senza esperienza di governo; invece ha saputo governare, con contrasti interni ed esterni, cosa in cui molti hanno fallito, pur trovandosi in mezzo alla pandemia. Ma come testé detto, per affrontare gli anni a venire, occorre che oltre ad attivare la clausola di supremazia a favore dello Stato, per la gestione dei fondi europei, occorrerebbe la nomina di un Commissario con poteri adeguati o un direttorio, con poteri altrettanto adeguati, responsabili nei confronti del Governo che abbia la fiducia del Parlamento.

Nell'altra vita, negli anni '90, già professore ordinario, ho vissuto una esperienza di natura politica (da dirigente), da cui mi sono poi rapidamente allontanato, ed ho ricevuto un involontario insegnamento da parte del più intelligente, preparato e colto uomo politico a tutt'oggi, allorquando un suo autorevole collaboratore mi chiedeva pretestuoso conto di qualcosa. Lui disse: "R. andiamo a lavorare; il dibattito dopo. . .". Era evidente l'inutilità del "dibattito", in quella sede come può essere in altre circostanze ben più rilevanti. Se il dibattito è connaturato al principio del conoscere per deliberare è un conto; se serve per non decidere o per rendere impraticabile la decisione, esso è democraticamente inutile. Tuttavia, resta la convinzione che i fatti, privi di etica, o di quell'etica servente la vita di una Comunità degna di questo nome, vincono sul diritto così come va inteso nella sua conformità alla Costituzione. Lo determinano a prescindere.

Matteo Bursi

**La sentenza del *BVerfG* sul *Public Sector Purchase Programme*:
un'Europa sempre più difficile***

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyze the sentence of the Bundesverfassungsgericht on the Public Sector Purchase Programme (PSPP), adopting a perspective which combines law, economics and history. In this sense, initially, the focus will be addressed toward the "european path" of the German Constitutional Court since the case Solange to the most recent pronunciations about the initiatives implemented by the European Central Bank. Subsequently the article will deepen the possible consequences of the 5 May judgement while, further, there will be a consideration about the tasks, and the ideological base, of the Frankfurt's institute. Finally, we will suggest a reflection on the overall german approach to the European Union, trying to understand what role this country is ready to play in the forthcoming continental scenario.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le tre direttrici del *BVerfG* e l'euro-attivismo dell'ultimo decennio. – 3. La sentenza sul PSPP. – 4. Le possibili ripercussioni, sotto il profilo giuridico ed economico, sull'UE. – 5. Una doverosa riflessione sul ruolo della Banca Centrale Europea. – 6. Allargando lo sguardo: la necessità di una Germania europeista per il futuro dell'Unione.

1. Introduzione

Beniamino Olivi, diplomatico italiano che ha indissolubilmente legato la propria carriera allo sviluppo del progetto europeo, diede alla luce nel 1993 un libro che ricostruiva il percorso comunitario mettendo in risalto, al pari dei ragguardevoli traguardi raggiunti, gli aspetti problematici che la progressiva integrazione aveva ingenerato. Il testo, ripubblicato innumerevoli volte fino a quella definitiva del 2010, porta in tal senso un titolo efficace che, ad una lettura a posteriori, può risultare perfino profetico: *L'Europa difficile*¹. Invero, Olivi descrive il processo di integrazione nei termini di un sentiero impervio consolidatosi fra pressioni estere (riconducibili ad una Guerra Fredda che spezzava in due parti il vecchio continente) e resistenze di carattere prettamente nazionale, finendo col porre, inevitabilmente, notevole attenzione sugli sviluppi derivanti dalla stipula del Trattato di Maastricht e, nello specifico, sulla creazione di quell'ambizioso programma denominato Euro. L'Unione monetaria incarnava infatti un progetto di portata superiore a quanto sperimentato sin dalla costituzione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), un obiettivo che s'era plasmato nel corso dei decenni attraverso l'ideazione del Sistema Monetario Europeo (SME) e la formulazione di piani programmatici (dapprima il cd. Piano Werner e, successivamente, il Rapporto Delors²).

Nel descrivere gli eventi caratterizzanti la transizione dalle valute nazionali a quella unica europea, l'Autore sottolinea con sempre più rilevanza il ruolo che un Paese su tutti avrebbe potuto giocare nel periodo futuro: la Germania. Lo Stato tedesco, fino ad allora tra i più favorevoli ad un'integrazione in chiave europea, aveva infatti posto condizioni stringenti per la costituzione dell'Eurozona e con il passare degli anni '90 iniziò a palesare le prime perplessità circa la capacità dei Governi di altri Paesi membri di rispettare i requisiti di bilancio fissati con Maastricht e, successivamente, con il Patto di Stabilità e Crescita³. La politica monetaria portata avanti dalla *Bundesbank*, corrispondente alla

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ B. OLIVI, *L'Europa difficile*, Il Mulino, Bologna, 1993. Il titolo del libro è lo stesso utilizzato dall'Autore fin da una raccolta di saggi del 1964.

² Vedasi a tal proposito: F. VIANELLO, *La moneta unica europea*, in *Economia e Lavoro*, n.1/2013, pp.17-46.

³ Nell'edizione del 2000 del libro di Olivi è riportata a questo proposito una divergenza di vedute tra il cancelliere Kohl, deciso ad includere fin da subito il maggior numero possibile di Stati membri nel progetto Euro, ed il ministro delle finanze Theo Waigel, scettico rispetto alla capacità di alcune Nazioni di rispettare gli oneri finanziari stabiliti dai più

consolidata espressione *Wachstum und Stabilität*⁴, era infatti per la popolazione e l'*establishment* teutonico un caposaldo assoluto dell'economia nazionale, riferimento finanziario che trova probabilmente le proprie radici nel travagliato percorso vissuto nella prima metà del Novecento dalla *Reichsbank* (vedasi il drammatico periodo dell'iperinflazione di Weimar o la soppressione della sua indipendenza avvenuta con il nazionalsocialismo⁵). Nell'analisi formulata nel libro dal diplomatico italiano emerge con una certa lungimiranza il rischio che, trascurando la rilevanza data alla materia da parte della Germania, potessero configurarsi nuove resistenze che avrebbero minato una volta in più il percorso di integrazione europea, ponendo questioni centrali che al momento della stipula del Trattato di Maastricht erano state probabilmente sottovalutate da altri Paesi membri.

Oggi, trascorsi più di vent'anni dalla prima pubblicazione del testo, è ragionevole affermare come le preoccupazioni espresse da Olivi trovassero pieno fondamento; la crisi dei debiti sovrani *post-2008*, ed il conseguente nuovo quadro di *governance* economica⁶, hanno infatti facilitato una rapida deflagrazione delle problematiche sottese all'Unione monetaria manifestando l'opposizione tedesca ad un ulteriore sviluppo dell'UE, posizione neanche troppo implicita che ha seguito due linee differenti ma, tra loro, ben coerenti. La prima di queste è riconducibile ad una visione politica conservatrice espressa dai Governi succedutisi negli ultimi dieci anni mentre, la seconda, attiene ad una dimensione giuridica che consta in un marcato attivismo del *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) nei confronti degli atti di carattere finanziario emanati dalle diverse istituzioni euro-unitarie; con riferimento al presente scritto si approfondirà unicamente la seconda delle due, tralasciando pertanto riflessioni approfondite sulle posizioni del *Bundestag* e della Cancelleria.

La Corte tedesca ha in tal senso dapprima ponderato con accortezza le misure deliberate dal Consiglio e dalla Commissione per il sostegno economico agli Stati membri nelle condizioni economiche più complesse (in particolare la Grecia) per poi spostare la propria attenzione verso l'operato della Banca Centrale Europea, vagliando le operazioni più consistenti messe in campo da Francoforte in seguito all'inizio del mandato Draghi. Se per gli atti emanati dalla "parte politica" dell'UE vi è stato un avallo privo di particolari criticità⁷, con riferimento invece all'area monetaria si sono presentate dissonanze che hanno via via assunto dimensioni sempre più rilevanti.

Fino a poche settimane addietro, nonostante una serie di pronunciamenti contraddistinti da innumerevoli osservazioni, l'immagine restituita dal *BVerfG* rispetto al proprio operato nei confronti della BCE era comunque riconducibile all'efficace detto popolare richiamato da Weiler: can che abbaia non morde⁸.

Le sentenze della Corte tedesca (su tutte quelle relative all'istituzione dell'OMT⁹) sollevavano infatti una serie di rilievi che formalmente parevano almeno delegittimare quanto effettuato dalla Banca Centrale ma, in conclusione, finivano per dare un assenso denso di perplessità ma utile alla sopravvivenza dell'Eurozona.

Questo atteggiamento però, come accennato sopra, è stato adottato fino a poche settimane fa

recenti Trattati; B. OLIVI, *L'Europa difficile*, Il Mulino, Bologna, 2000, 481-482.

⁴ Traducibile in "Crescita e Stabilità", dittico che enuclea il perseguimento di una politica monetaria indirizzata primariamente al contenimento dell'inflazione piuttosto che al sostegno dell'occupazione e della crescita economica (queste ultime da andare a promuovere attraverso la politica fiscale). A questo riferimento: B. OLIVI, *L'Europa*, cit., 481-482.

⁵ Vedasi a tal proposito: L.F. PACE, *Il principio dell'indipendenza della banca centrale e la stabilità dei prezzi come obiettivo della politica monetaria: quale influenza dell'ordoliberalismo in Germania e nell'Unione Europea?*, in [Moneta e Credito](#), n. 288/2019.

⁶ Cfr.: F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione Europea*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2013.

⁷ Le sentenze riguardanti FESF, MESF, MES e Fiscal Compact hanno infatti sostanzialmente legittimato quanto strutturato dalle istituzioni euro-unitarie, presentando unicamente limitazioni riguardo ad eventuali implementazioni future che uscissero da quanto votato dal *Bundestag*. Sulla tematica vedasi: P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2016, 447-450.

⁸ J.H.H. WEILER, *The "Lisbon Urteil" and the Fast Food Culture*, in *Eur J Int'l Law*, 2009, Vol. 20, 505.

⁹ Cfr., in proposito: P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in [Diritti Comparati](#), n.1/2016.

assumendo, nella sentenza del 5 maggio 2020 sul *Public Sector Purchase Programme* (PSPP)¹⁰, connotati non più unicamente formali bensì sostanziali.

Invero, il *Bundesverfassungsgericht* non si è limitato in questa circostanza a sottolineare le supposte mancanze dell'operato di Francoforte ma si è spinto oltre, rimodulando il proprio rapporto di forza con la Corte di Giustizia Europea ed intimando alla BCE di fornire entro tre mesi risposte puntuali sulle proprie osservazioni, pena il ritiro della *Bundesbank* dall'attuazione del programma oggetto di valutazione ed un'eventuale riduzione, anche a lungo termine, delle sue partecipazioni in titoli di Stato.

Gli effetti dati da una messa in pratica di quanto paventato da Karlsruhe avrebbero evidentemente un impatto drastico su molte questioni europee e, a dimostrazione di quanto appena affermato, vi sono le inusuali ma perentorie repliche formulate sulla sentenza da parte dei giudici del Lussemburgo e dai vertici della stessa Banca Centrale. Le presenti note, in questo contesto, si propongono dunque di perseguire cinque principali finalità: analizzare dapprima questo pronunciamento sulla base del dialogo pluridecennale fra Corte di Giustizia Europea e Tribunale costituzionale tedesco (I), tentare poi di valutare nello specifico le argomentazioni del *Bundesverfassungsgericht* con riferimento al PSPP (II), ponderare le implicazioni, anche di carattere economico, che da esse possono derivare (III), esaminare il ruolo della BCE alla luce dei Trattati e delle dinamiche del contesto attuale (IV) e, infine, considerare il ruolo futuro che la Germania sarà disposta a giocare nella cornice continentale (V). Tutto ciò verrà svolto non senza guardare al percorso storico riguardante l'integrazione europea, nella consapevolezza che una vicenda come questa avrebbe sicuramente trovato spazio nel quantomai attuale ed importante libro di Beniamino Olivi.

2. Le tre direttrici del BVerfG e l'euro-attivismo dell'ultimo decennio

Il rapporto fra diritto interno e diritto europeo ha portato in molti Paesi membri a riflessioni riguardanti lo spazio d'autonomia che le costituzioni nazionali avrebbero potuto conservare a fronte di un riconosciuto primato di quanto sottoscritto su base comunitaria¹¹. Il *Bundesverfassungsgericht* ha in tal senso giocato un ruolo importante, fornendo sin dai primi anni '70 un contributo di rilievo al dialogo fra le diverse Corti ed i giudici del Lussemburgo. Karlsruhe, nel corso dei decenni, ha progressivamente ampliato le proprie osservazioni giungendo alla definizione di tre direttrici su cui basare il proprio operato nei confronti delle istituzioni continentali: tutela dei diritti fondamentali, valutazione sugli eventuali atti *ultra-vires* e controllo di identità costituzionale. Merita di essere sottolineato fin d'ora come questi piani d'azione si siano strutturati partendo da un presupposto che, alla luce dei pronunciamenti più recenti, potrebbe essere parzialmente trascurato: la Legge Fondamentale tedesca (*Grundgesetz*), al pari della Costituzione italiana, presenta sin dalla sua versione originaria un'importante apertura nei confronti della partecipazione della Federazione a soggetti di carattere sovranazionale. In effetti, ciò si esprime in diverse parti della Costituzione, tra cui lo stesso preambolo o gli articoli 24 e 25¹², con il fine di segnare una netta rottura con il passato nazionalsocialista e favorire una pacifica convivenza fra gli Stati. Riferimento per antonomasia della prima direttrice citata poco sopra è indubbiamente la vicenda *Solange*¹³ la quale, contribuendo alla

¹⁰ 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15.

¹¹ Si veda, per una ricostruzione storica sulla materia: P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2019.

¹² Nel primo comma dell'articolo 24 del *Grundgesetz* è stabilito che "La Federazione può trasferire con legge diritti di sovranità ad organizzazioni sovranazionali", nel secondo è invece previsto come la Germania possa "[...] per la tutela della pace, inserirsi in un sistema di reciproca sicurezza collettiva; essa pertanto consentirà alle limitazioni dei suoi diritti di sovranità che realizzino e assicurino un ordinamento pacifico e duraturo in Europa e tra i popoli del mondo". L'articolo 25 della Legge Fondamentale si esprime invece come di seguito riportato: "Le regole generali del diritto internazionale sono parte integrante del diritto federale. Esse prevalgono sulle leggi e producono diritti e doveri immediati per gli abitanti del territorio federale". A tal proposito: P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., pp.433.

¹³ *BVerfG, BVerfGE* 37, 271. Con questa sentenza la Corte tedesca fissò il principio secondo cui, fintantoché i diritti

definizione del concetto dei controlimiti¹⁴, ha indotto ad un importante ed ampio dibattito su base europea riguardo alla tutela dei diritti fondamentali.

Per quanto concerne invece la seconda direttrice, la valutazione sugli eventuali atti *ultra-vires*, va detto che la materia è stata trattata per la prima volta dal *BVerfG* in occasione della stipula del Trattato di Maastricht (*Maastricht-Urteil*¹⁵): in quell'occasione i giudici di Karlsruhe fissarono infatti un confine fra la nascente Unione Europea e la Repubblica Federale Tedesca, riservandosi un potere di controllo sull'operato futuro delle istituzioni comunitarie con riferimento alla corretta attribuzione delle funzioni ad esse in capo. La terza ed ultima linea d'azione, il controllo di identità costituzionale, è invece un "prodotto" più recente che trova nel Trattato di Lisbona la propria base (*Lissabon-Urteil*¹⁶); invero il *Bundesverfassungsgericht* ha esplicitato in quella circostanza una

fondamentali non sarebbero stati sufficientemente tutelati da parte della legge europea, il *BVerfG* si sarebbe riservato la competenza di effettuare una valutazione di conformità al *Grundgesetz* degli atti comunitari facendo prevalere, in caso di contrasto fra le fonti, il diritto costituzionale tedesco. Ciò sarebbe avvenuto nel caso in cui non fosse stato possibile conseguire una *Konkordanz beider Rechtsordnungen*, applicando alla circostanza il controllo previsto dall'art.100 del *Grundgesetz*. Fra i molti contributi vedasi in tal senso: S. MANGIAMELI, *L'esperienza costituzionale europea*, Aracne, Roma, 2008, 32-37. Questo pronunciamento venne seguito da *Solange II* (*BVerfG*, *BVerfGE* 73, 339); con questa sentenza del 22 ottobre 1986 il *BVerfG* ha invertito il precedente ed omonimo pronunciamento sostenendo come, fintantoché la giurisprudenza europea fosse stata sufficientemente tutelante nei confronti dei diritti fondamentali presenti nel *Grundgesetz*, lo stesso *Bundesverfassungsgericht* non avrebbe posto in essere il proprio giudizio di costituzionalità sugli atti di diritto comunitario derivato. In tal senso: *ivi*, pp.37-40. A "coronare" questa prima direttrice nella tutela multilivello dei diritti giunse poi la sentenza *Bananen-Entscheidung* (*BVerfG*, *BvL* 1/97); in questo pronunciamento il *BVerfG* giunse a stabilire come i controlimiti possano essere attivati solo in caso di deviazioni strutturali e consistenti rispetto ai diritti fondamentali fissati dalla Costituzione tedesca. Vedasi, sul tema: P. FARAGUNA, *Il "sospettoso" cammino europeo del Bundesverfassungsgericht da Solange a Gauweiler*, in *La Cittadinanza Europea*, supplemento n.1, 2016.

¹⁴ Sul tema è importante ricordare anche l'importante eccezione sollevate all'epoca dalla Corte costituzionale italiana; il riferimento principale è la [sentenza cd. Frontini, 183/1973](#), con cui la Corte italiana fissò a sua volta il principio dei controlimiti. Vedasi, fra i vari: M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995.

¹⁵ *BVerfG*, *BVerfGE* 89, 155. La Corte tedesca, strutturando un'analisi destinata a sollevare un notevole dibattito, giunse con questo riferimento a formulare un giudizio quantomeno controverso con cui pose limiti generici (ma sostanziali) rispetto all'azione delle istituzioni europee. Venne quindi stabilito nel pronunciamento in questione come la presenza di carenze di legittimazione democratica dell'Unione Europea comportasse l'impossibilità di togliere al *Bundestag* la propria autonomia, delineando un perimetro apparentemente invalicabile vista, e su questo punto vennero probabilmente sollevate le perplessità più consistenti, l'assenza di un popolo europeo. Pertanto, il *BVerfG* si riservava il controllo sugli eventuali atti *ultra-vires* emanati dall'Unione e, al contempo, coglieva l'occasione per sottolineare come, per quanto la costituzione dell'Unione monetaria fosse legittima, altrettanto legittimo non sarebbe stato un automatismo nel costituire un'unione politica e fiscale (reputando ciò compatibile con l'esclusivo perseguimento della stabilità dei prezzi fissato per la *costituenda* Banca Centrale Europea). Cfr., a tal proposito: G.U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3115-3124; e J.H.H. WEILER, *The State "über alles" - Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *EUI Working Papers*, n.19, 1995.

¹⁶ *BVerfG*, 2 *BvR* 2/2008. Successivamente alla ratifica del Trattato di Lisbona, il *BVerfG* venne nuovamente interpellato, per mezzo di un conflitto interorganico e di quattro ricorsi individuali diretti, sull'eventuale lesione di quanto previsto dall'art. 38.1 della Legge Fondamentale. I giudici di Karlsruhe, per quanto non si opposero alla stipula del Trattato, presentarono però nelle proprie motivazioni un articolato insieme di osservazioni che tornò a ravvivare il dibattito in merito al ruolo assunto dalla Corte tedesca nel processo di integrazione europea. Invero, il *BVerfG* rimarcò in questa circostanza il *deficit* democratico presente nelle istituzioni euro-unitarie e sottolineò ripetutamente il valore dello Stato-nazionale, destituendo dunque l'Unione Europea di alcuna parvenza di federazione; in tal senso quel perimetro invalicabile apparentemente tracciato nella *Maastricht-Urteil* venne materializzato con un esaustivo elenco di materie che sarebbero dovute rimanere ad appannaggio del *Bundestag* (che dalla sentenza vedeva dunque incrementato il proprio potere anche rispetto al Governo) e, soprattutto, con la formulazione del controllo di identità costituzionale. Questo elemento, rappresentante pertanto un passo in più rispetto al controllo sugli atti *ultra-vires*, venne plasmato prendendo come riferimento gli articoli 23 e 79.3 del *Grundgesetz* generando, con particolare riferimento al secondo dei due, notevoli perplessità: l'articolo in questione, contenente i punti della costituzione non passibili di revisione, era infatti stato concepito con specifico riferimento all'eventuale rischio di un ritorno del nazionalsocialismo ed in quella circostanza, nonostante un contesto decisamente diverso, veniva applicato nei confronti dell'Unione Europea. Vedasi, sulla tematica: D. ALBERSTAM – C. MOLLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"*, in *German Law Journal*, n.8, 2009, pp.1241-1258 e S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*,

posizione in linea con il pronunciamento afferente alla vicenda *Maastricht-Urteil* ed ha avanzato nuove valutazioni sulla natura dell'UE, giungendo ad avocare a sé un controllo sull'operato europeo atto a non minare elementi cardine del *Grundgesetz*. Il decennio appena trascorso ha nel suo complesso dato modo al *BVerfG* di esplicitare al meglio la natura delle ultime due direttrici sopra citate, diverse sono state infatti le vicende che hanno fatto parlare di atti *ultra-vires* e di controllo di identità costituzionale¹⁷, permettendo al mondo accademico di ponderarne l'effettiva rilevanza. Ai fini della presente trattazione meritano in tal senso di essere analizzati due pronunciamenti che hanno stabilito criteri specifici aventi una rilevante incidenza sulla questione PSPP. Il primo dei due è il caso *Mangold/Honeywall*¹⁸, sentenza che vide i giudici di Karlsruhe tornare a porsi nei confronti delle istituzioni europee in modo nuovamente "collaborativo", stabilendo importanti distinguo in merito a quanto fissato con le precedenti sentenze *Maastricht* e *Lissabon* (pronunciamenti che, invece, avevano restituito un'immagine piuttosto conservatrice e "nazionalista" del *Bundesverfassungsgericht*). Invero, il *BVerfG* sancì in quest'occasione due importanti elementi che ravvivarono all'interno dell'Unione quell'idea di progressiva integrazione euro-unitaria che era parsa venir posta in forte dubbio; il primo dei due consistè nell'assunzione di una prassi che, d'altronde, era già prevista dall'articolo 267 del TFUE¹⁹: la Corte tedesca, prima di dichiarare la non applicabilità in Germania del diritto UE su di una determinata materia, avrebbe dovuto effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea.

Questa condizionalità, che dava dunque modo di proseguire il consolidato dialogo tra corti, venne inoltre abbinata ad una considerazione di metodo relativa al controllo sugli atti *ultra-vires*. Con questo pronunciamento, il *Bundesverfassungsgericht* stabilì infatti come, nel ponderare un eventuale sconfinamento dell'Unione nel riparto di competenze con la Repubblica Federale, fosse doveroso applicare un favore rispetto al diritto euro-unitario (*Europarechtsfreundlichkeit*²⁰) e prendere in esame unicamente le situazioni in cui si andasse a configurare un'evidente e significativa violazione del principio di attribuzione²¹. Seconda rilevante sentenza, con riferimento al pronunciamento del 5 maggio, è quella afferente alla costituzione da parte della BCE del programma OMT (*Outright Monetary Transactions*), vicenda in cui i giudici di Karlsruhe sono giunti a valutare per la prima volta l'operato della Banca Centrale. Invero, nel corso del 2012 l'istituto di Francoforte annunciò l'avvio di un piano straordinario di acquisti di titoli pubblici sui mercati secondari, un progetto che mirava al contenimento dei tassi d'interesse dei Paesi europei più esposti prefissandosi, al contempo, di non distorcere il primario perseguimento dell'obiettivo di inflazione (prossimo al 2% annuo) fissato dallo statuto. In tal senso, la BCE prevedeva la possibilità di deviare dalle quote prestabilite di acquisto dei titoli di Stato a patto che due condizioni, in particolare, venissero rispettate: la Nazione interessata avrebbe dovuto essere coinvolta in un piano di riassetto macroeconomico (come il MES) e la base monetaria sarebbe dovuta rimanere invariata.

L'annuncio della creazione di questo programma ebbe effetti immediati sugli *spread* continentali²² e, allo stesso modo, ebbe ricadute istantanee sul mondo politico e giuridico tedesco. In

n.9, 2009, pp.1003-1007.

¹⁷ In questo scritto, per brevità, non vengono approfondite le vicende afferenti a FESF, MESF, MES/Fiscal Compact ed Unione Bancaria.

¹⁸ 2 BvR 2661/06, 6 luglio 2010. In tal senso: P. FARAGUNA, *Il Mangold Urteil: controllo ultra vires ma da maneggiare «europarechtsfreundlich»*, in *Quaderni Costituzionali*, n.4, 2010, pp.863-867.

¹⁹ «La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione del Trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata davanti ad un organo giurisdizionale degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessario per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione».

²⁰ Traducibile come "amichevolezza nei confronti del diritto UE".

²¹ A tal proposito: R. CAPONI, *Il Mangold Urteil: l'europeismo della Corte tedesca ed i suoi limiti*, in *Quaderni Costituzionali*, n.4, 2010, 860-863.

²² La costituzione di questo programma viene solitamente abbinata all'ormai celebre frase pronunciata dal presidente della BCE Mario Draghi in data 26 luglio 2012: "*Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve*

questo frangente, per la prima volta dalla costituzione dell'Euro, la gestione monetaria deviava dai tradizionali binari del decennio appena trascorso e sconfinava in un terreno che, anche a livello ideologico, risultava per le istituzioni e la popolazione germanica particolarmente delicato. La politica delineata dalla BCE di Mario Draghi andava infatti a discostarsi da quel *Wachstum und Stabilität* che aveva sorretto il percorso *post*-Seconda guerra mondiale della *Bundesbank* concorrendo potenzialmente, allo stesso tempo, ad un intervento mirato al sostegno finanziario di quei Paesi che presentavano parametri di bilancio distanti da quelli stabiliti all'interno dei Trattati. Le *Verfassungsbeschwerde*, ricorsi diretti previsti dall'ordinamento tedesco, furono il vettore con cui la materia venne condotta dinnanzi ai giudici di Karlsruhe i quali, quando ancora era in gestazione il pronunciamento sulle precedenti questioni riguardanti MES e Fiscal Compact²³, si trovarono a valutare l'eventuale lesione di principi enucleati dalla normativa europea; le criticità si concentrarono principalmente sulla presunta violazione del divieto di finanziamento monetario diretto del bilancio degli Stati membri (previsto dall'art.123 del TFUE) e su di un possibile sconfinamento della BCE nella sfera fiscale (con riferimento agli articoli 119, 123.1, 127.1 e 2 del TFUE²⁴).

Queste due considerazioni portarono il *BVerfG*, con decisione del 14 gennaio 2014, a rinviare per la prima volta la questione alla Corte di Giustizia Europea mettendo in pratica quanto previsto dal pronunciamento *Mangold/Honeywell*²⁵. Il "passaggio del fascicolo" fra il *Bundesverfassungsgericht* ed i giudici del Lussemburgo avvenne dunque nella cornice di quella deferenza pro-europea insita nel concetto, stabilito pochi anni prima, di *Europarechtsfreundlichkeit* anche se, ad una lettura approfondita di quanto scritto dalla Corte tedesca, emergeva una visione tendente al conflittuale che lasciava intendere come un'indifferenza della CGUE nei confronti della materia avrebbe legittimato Karlsruhe ad agire in modo autonomo e risoluto. Un interessante elemento da considerare a tale proposito è l'audizione, tenutasi nell'ottobre 2012, di Mario Draghi presso il *Bundestag*: in questa circostanza, infatti, il presidente in carica della BCE riferì dinnanzi al Parlamento tedesco in merito alle azioni di politica monetaria condotte dall'istituto da lui presieduto, un evento che avvenne poche settimane dopo l'annuncio della costituzione del programma OMT e che, ai più, parve come un tentativo d'allungare un proverbiale ramoscello d'ulivo in direzione delle prime rimostranze palesate dai deputati di Berlino²⁶.

La Corte di Giustizia Europea deliberò sulle *Outright Monetary Transactions* con notevole attenzione, riconoscendo una fondatezza alla base dei ricorsi del *BVerfG* ma dando complessivamente un *placet* al programma costituito da Francoforte. Invero, con un [pronunciamento](#)

the euro. And believe me, it will be enough". È ragionevole affermare come gli effetti dati dal pronunciamento di questa frase, e dal solo annuncio della creazione delle *Outright Monetary Transactions*, riuscirono a contenere gli *spread* continentali ponendo un freno al precedente aumento incontrollato dei tassi di interesse su determinati titoli di debito pubblico europei. Vedasi su questa tematica, C. ALTAVILLA – D. GIANNONE – M. LENZA, *The financial and macroeconomic effects of OMT announcements*, in [Working Paper ECB](#), n.1707, 2014.

²³ *BVerfG*, 2 BvR 1390/12; 2 BvR 1421/12; 2 BvR 1438/12; 2 BvR 1439/12; 2 BvR 1440/12; 2 BvE 6/12, del 12 settembre 2012. Cfr., a tal proposito, A. DI MARTINO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in [Federalismi.it](#), n.18, 2012.

²⁴ Da considerare unitamente agli articoli 17 e 24 del protocollo sullo Statuto del Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC).

²⁵ In tal senso: J. LUTHER, *Il rinvio pregiudiziale di Karlsruhe sui poteri della BCE*, in *Quaderni Costituzionali*, n.2, 2014, 422-424.

²⁶ L'audizione ebbe una durata di circa due ore, venne tenuta, significativamente, a porte chiuse e, vista la non pubblicità dei lavori, non è possibile conoscerne l'esatto contenuto. Si può però ricavare dal sito internet della BCE una parte del discorso di Draghi, poche righe che suggeriscono come il presidente della Banca Centrale abbia tenuto un comportamento aperto ed accomodante nei confronti delle richieste del *Bundestag*. A questo evento ne seguirono in verità di analoghi anche presso il Congresso dei deputati spagnolo (febbraio 2013), davanti all'Assemblea nazionale francese (giugno 2013), dinnanzi al Parlamento finlandese (novembre 2014) ed infine al Senato italiano (marzo 2015). Si veda sul tema: R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, in [Federalismi.it](#), n.5, 2017, 21-22.

[del 2015](#)²⁷, i giudici del Lussemburgo hanno sostenuto che l'OMT rientrasse nella sfera monetaria e che, per quanto i suoi effetti potessero riverberarsi su quella fiscale, ciò poteva comunque considerarsi conforme con i compiti affidati alla BCE vista la previsione presente nel TFUE d'un sostegno in favore delle politiche economiche dell'Unione Europea²⁸. Con riferimento, invece, al divieto di finanziamento diretto degli Stati membri, la CGUE presentò alcune puntualizzazioni che andavano incontro a quanto eccepito dal *Bundesverfassungsgericht*: in tal senso si chiarì come andassero evitati automatismi che di fatto tramutassero gli acquisti sui mercati secondari in acquisti effettuati sui mercati primari e, soprattutto, si sottolineò come il programma non avesse potenziale illimitato vista la necessità di non deviare dal primario perseguimento della stabilità dei prezzi (garantita dalla possibilità di acquisire titoli aventi una durata inferiore a 3 anni e riconducibili a Paesi sottoposti a strutturali aggiustamenti macro-economici).

La sentenza emessa dai giudici del Lussemburgo giunse dunque all'attenzione di quelli di Karlsruhe i quali, con una decisione del 21 giugno 2016²⁹, misero la parola "fine" a questa vicenda. Il *Bundesverfassungsgericht* si adeguò in tal senso a quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia Europea ma colse l'occasione per rimarcare alcune criticità che si ponevano in linea con quanto espresso in *Maastricht-Urteil* e *Lissabon-Urteil*. Invero, il *BVerfG* ribadì il primato del diritto euro-unitario su quello interno ma, allo stesso tempo, sottolineò la presenza di quei controlimiti che gli articoli 20, 23, 38 e 79 del *Grundgesetz* ponevano in modo chiaro³⁰, tracciando una linea di confine alla cui tutela concorrevano le tre direttrici descritte precedentemente. All'interno di questa cornice la Corte tedesca reputava quindi necessario il proprio intervento sull'OMT ed interpretava la sentenza della Corte di Giustizia Europea come un adeguamento alle osservazioni sollevate da Karlsruhe; nella motivazione si prendevano infatti come puntualizzazioni fondamentali quelle con cui i giudici del Lussemburgo andavano a contingentare l'operato della Banca Centrale Europea cogliendo, nel rinvio pregiudiziale del *BVerfG*, gli elementi attraverso cui rendere compatibile con i Trattati l'operato di Francoforte. In sintesi, venne pertanto dato l'avallo al programma afferente alle *Outright Monetary Transactions*, reputando non attuabile quella dichiarazione *ultra-vires* che avrebbe invece richiesto la presenza di un'evidente e significativa violazione del principio di attribuzione delle competenze.

3. La sentenza sul PSPP

La "vicenda" PSPP trova le proprie radici negli anni immediatamente successivi alla crisi dei debiti sovrani, un periodo caratterizzato da un tasso d'inflazione prossimo allo zero e da una crescita che faticava a consolidarsi all'interno dell'Eurozona. Il comitato esecutivo della BCE, preoccupato dal rischio deflattivo e dalla mancanza di politiche fiscali espansive, aveva in tal senso iniziato a paventare l'istituzione di un programma non convenzionale di acquisti sui mercati finanziari, un progetto che ricalcava quanto fatto per esempio negli Stati Uniti³¹ e che i *mass media* ribattezzarono rapidamente come "bazooka di Mario Draghi"³².

Il piano, che anche solo con l'annuncio di una sua eventuale costituzione ebbe la capacità di ridurre i tassi di interesse passivi dei Paesi più in difficoltà, vide poi nel 2014 l'inizio della propria

²⁷ [Causa C-62/14, Gauweiler et alii c. Governo federale tedesco](#). Cfr., a tal proposito: P. FARAGUNA, *La Corte di Giustizia strizza l'occhio alla Corte di Karlsruhe nel caso Gauweiler (OMT)*, in *Quaderni Costituzionali*, n.3, 2015, pp.798-800.

²⁸ Sostegno ricavabile dagli articoli 119.1, 127.1 e 282.2 del TFUE.

²⁹ 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016. Fra i tanti contributi: P. FARAGUNA, *La sentenza*, cit.

³⁰ In tal senso venne dunque riproposto un richiamo all'Europa Artikel (art.23 GG), alla cd. clausola di eternità (art.79.3 GG), al diritto di voto (art.38.1 GG) ed al principio democratico (art.20 GG).

³¹ Per un riferimento sulle finalità perseguite e sui reali effetti conseguiti dopo alcuni anni dal varo del programma statunitense: E. M. ENGEN – T. LAUBACH – D. REIFSCHEIDER, *The Macroeconomic Effects of the Federal Reserve's Unconventional Monetary Policies*, in [FEDS Working Paper](#), n.5, 2015.

³² Fra i vari articoli che hanno parlato del *Quantitative Easing* in questa maniera: M. LONGO, *Che cos'è il Quantitative Easing e a cosa serve*, in [Il Sole 24 Ore](#), 22 gennaio 2015.

effettiva attuazione, con la creazione di quell' *Asset Purchase Programme* (APP) che tuttora è in essere. Lo strumento ideato da Francoforte, conosciuto nel dibattito politico come *Quantitative Easing* (QE), venne progressivamente strutturato in quattro parti, direttrici che si focalizzarono su di una massiccia dose di acquisti sui mercati secondari e che oscillarono fra i quindici miliardi mensili (ottobre-dicembre 2018) e gli ottanta (aprile 2016-marzo 2017)³³. La quattro voci comprendevano, e comprendono, una componente inerente alle obbligazioni bancarie garantite (programma CBPP3³⁴), una relativa alla cartolarizzazione dei prestiti bancari (programma ABSPP³⁵), una afferente alle obbligazioni del settore privato (programma CSPP³⁶) ed infine, per l'appunto, una indirizzata all'acquisto di titoli di Stato³⁷ (*Public Sector Purchase Programme*, PSPP³⁸). In questa cornice la parte più rilevante era, ed è, ricoperta da quest'ultima ramificazione: invero, circa l'80% delle risorse stanziata è stato convogliato in favore di obbligazioni sovrane dell'Eurozona aventi una durata compresa fra i dodici mesi ed i trent'anni. Il PSPP è stato inoltre concepito con specifiche caratteristiche atte a non distorcere le finalità iniziali del programma; a questo proposito venne pertanto previsto un *rating* minimo che evitasse l'acquisizione dei cd. *junk bonds* (i titoli greci non vennero dunque interessati da questa manovra), si fissò un limite del 33% per gli acquisti relativi ad ogni emissione (50% per i titoli sovranazionali), un eguale limite per la detenzione dei titoli di Stato in circolazione afferenti ad un singolo Paese (sempre 50% per i titoli sovranazionali) e venne concepito un *black-out period* che permettesse di non condizionare in modo eccessivo il prezzo sui mercati primari. Nell'attuazione dell'*Asset Purchase Programme* la BCE demandò l'operatività principalmente alle banche centrali nazionali le quali, perseguendo la regola della cd. *capital key*, avrebbero dovuto effettuare acquisti mantenendo come riferimento la quota di partecipazione al capitale della stessa istituzione di Francoforte.

La costituzione di quest'ampio programma, come auspicato dal *board* della Banca Centrale Europea, ebbe immediati effetti benefici sugli *spread* continentali³⁹ ed inevitabilmente, alla luce di quanto scritto nel paragrafo precedente, destò l'attenzione di buona parte della politica e delle istituzioni tedesche le quali, con l'ormai abituale strumento del *Verfassungsbeschwerde*, non tardarono a portare la questione dinnanzi ai giudici di Karlsruhe. Il *BVerfG* si trovò dunque a dover valutare la compatibilità del PSPP con quanto stabilito nei Trattati europei trovando una notevole affinità con il caso relativo alle *Outright Monetary Transactions*. Invero, anche in questo frangente i ricorrenti lamentavano una presunta violazione del divieto di finanziamento diretto dei bilanci statali (articolo 123 TFUE) a cui si aggiungeva una più generale non osservanza del principio di attribuzione ed un'inottemperanza rispetto alle finalità affidate alla Banca Centrale dal suo stesso statuto (art. 5.1 TUE, artt. 119, 127 e ss. TFUE, artt. 17 e 24 del Protocollo n.4 allegato allo statuto BCE); come nel caso OMT venne inoltre seguito il percorso delineato dalla sentenza *Mangold/Honeywall* e la materia, con ordinanza del 18 luglio 2017, venne sottoposta ad un rinvio pregiudiziale con il fine di ottenere una valutazione da parte della Corte di Giustizia Europea⁴⁰.

La [CGUE, con sentenza dell'11 dicembre 2018](#)⁴¹, non si discostò dalla linea tracciata nel caso *Gauweiler* reputando conforme ai Trattati l'operato posto in essere da parte dell'istituto di Francoforte, in tal senso i giudici euro-unitari affermarono come il PSPP rientrasse pienamente fra gli

³³ Vedasi: *Asset Purchase Programme*, al [sito web della BCE](#).

³⁴ Avviato il 20 ottobre 2014.

³⁵ Avviato il 21 novembre 2014.

³⁶ Avviato l'8 giugno 2016.

³⁷ A queste possono essere abbinate anche acquisizioni di obbligazioni riconducibili ad amministrazioni locali ed agenzie riconosciute degli Stati membri.

³⁸ Avviato il 9 marzo 2015.

³⁹ In merito ad una valutazione sugli immediati effetti avuti dal programma in oggetto sui tassi d'interesse dei titoli di Stato europei: P. ANDRADE – J.BRECKENFELDER – F.DE FIORE – P.KARADI – O.TRISTANI, *The ECB's Asset Purchase Programme: An Early Assessment*, in [ECB Working Paper](#), n.1956, 2016.

⁴⁰ In tal senso, P. FARAGUNA, *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale contro la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quaderni Costituzionali*, n.4, 2017, 930-933.

⁴¹ [Causa C-493/17, Weiss, 11 dicembre 2018](#).

strumenti di politica monetaria⁴² (senza quindi sconfinare nella sfera fiscale) e che pertanto non fossero da attuare manovre correttive con cui modificare la colonna portante dell'*Asset Purchase Programme*⁴³. Alla luce di questa sentenza, si diffuse nell'intera Eurozona l'impressione di aver scongiurato l'ennesimo rischio per la propria tenuta e, con riferimento al venturo pronunciamento del *Bundesverfassungsgericht*, venne a prender consistenza la speranza che anche la presente questione potesse rientrare nel sopracitato adagio "can che abbaia non morde". Il *BVerfG*, con sentenza del 5 maggio 2020⁴⁴, ha sorpreso invece opinione pubblica ed istituzioni euro-unitarie con una decisione che boccia drasticamente, e sostanzialmente, il PSPP e che va a prendere la forma - per usare un'espressione efficace utilizzata in dottrina - di quel morso tanto atteso quanto temuto⁴⁵.

Con riferimento al principio di attribuzione ed ai compiti affidati all'istituto di Francoforte, i giudici di Karlsruhe hanno infatti dichiarato *ultra-vires* quanto effettuato dalla Banca Centrale ed hanno al contempo criticato la Corte di Giustizia Europea per aver auto-limitato il proprio giudizio sulla materia⁴⁶. In tal senso, la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* ha reputato come doverosa una valutazione afferente agli effetti indiretti derivanti dall'azione della BCE e, allo stesso modo, ha certificato come il PSPP abbia sconfinato in maniera rilevante all'interno della sfera fiscale, condizionando le politiche di bilancio dei Paesi interessati dal suo operato⁴⁷. Il *BVerfG*, a questo proposito, ha in particolare sostenuto come le conseguenze derivanti dal piano di Francoforte abbiano ecceduto la primaria finalità statutaria riguardante la stabilità dei prezzi e che, visto il non rispetto di quanto previsto dall'articolo 5.1, 2 e 4 del Trattato sull'Unione Europea, il *Public Sector Purchase Programme* dovesse essere classificato come atto *ultra-vires*. A corollario di questa ponderazione i giudici di Karlsruhe hanno rimarcato la primazia del diritto euro-unitario su quello interno ma, allo stesso modo, hanno sottolineato come sia necessaria una ponderazione di carattere nazionale che possa evitare il non rispetto dei principi di proporzionalità e ripartizione. In questa circostanza il *BVerfG* ha etichettato come non sostenibile il posizionamento assunto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulla questione ed ha affermato pertanto come il suo giudizio fosse completamente svincolato da quello formulato su base euro-unitaria.

Riguardo, poi, alla presunta violazione di quanto stabilito dall'articolo 123 del TFUE (il divieto di finanziamento diretto dei bilanci statali) il *Bundesverfassungsgericht* non ha certificato manifeste inottemperanze ma, da un lato, ha colto la circostanza per formulare una nuova critica alla CGUE in merito alla superficialità con cui è stata valutata la questione, mentre, dall'altro, ha voluto ribadire l'esigenza (forse più rivolta al futuro che al presente) di mantenere fermi i requisiti di acquisto

⁴² La Corte di Giustizia Europea sostenne in tal senso come l'operato della BCE fosse proporzionato agli obiettivi da questa perseguiti e che, i meccanismi elaborati dall'istituto di Francoforte, permettessero di evitare agli operatori sul mercato di avere la certezza di imminenti e specifici acquisti da parte della Banca Centrale. Sul tema: In tal senso: G. TESAURO – P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, Osservatorio, maggio 2020, 6-7.

⁴³ Höpner, nella sua analisi afferente alla sentenza del *BVerfG* del 5 maggio, sottolinea come particolarmente grave il fatto che la Corte di Giustizia Europea nel suo pronunciamento abbia evitato di valutare i rischi e le conseguenze derivanti dall'insolvenza di una delle banche centrali coinvolte all'interno del programma di acquisti (nonostante la richiesta sulla questione da parte del Tribunale costituzionale tedesco). A tal proposito: M. HÖPNER, *Karlsruhe verdient Anerkennung: Zum PSPP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020*, *Wirtschaftsdienst*, 100(6), 2020, 441-445.

⁴⁴ 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15.

⁴⁵ P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme)?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.2, 2020, 306-315.

⁴⁶ I giudici di Karlsruhe sono arrivati nella motivazione della sentenza a sostenere come una siffatta applicazione del principio di proporzionalità da parte di BCE e Corte di Giustizia Europea renda lo stesso "strumento" inadeguato (§ 127) e svuotato di alcun senso (§ 138); a ciò va aggiunto il fatto che il *BVerfG* abbia etichettato come metodologicamente ingiustificabile l'argomentazione fornita dalla CGUE nel proprio pronunciamento sulla questione (§ 153).

⁴⁷ Nel pronunciamento è stata inoltre posta rilevanza sulle conseguenze ingenerate sul sistema bancario europeo (che ha visto migliorare complessivamente il proprio *rating*) e sui risparmiatori, i quali hanno incontrato un periodo di tassi d'interesse fortemente contenuti sulla propria liquidità ed i propri investimenti (questo aspetto ha avuto una notevole importanza all'interno del dibattito politico tedesco).

strutturati dal PSPP (regola della *capital key*, *rating* minimo, etc.⁴⁸). In conclusione, il *BVerfG* ha dato tempo tre mesi alla Banca Centrale Europea per fornire chiarimenti in merito alle osservazioni presentate⁴⁹ (prassi consolidata nell'ordinamento tedesco⁵⁰) ed ha posto per la *Bundesbank* l'obbligo, in caso di risposta non soddisfacente in merito alla non proporzionalità degli interventi effettuati, di ritirarsi dall'attuazione del programma e di predisporre una progressiva riduzione, anche a lungo termine, delle proprie partecipazioni in titoli di Stato. Un morso che, se affondato, è destinato lasciare una vistosa cicatrice.

4. Le possibili ripercussioni, sotto il profilo giuridico ed economico, per l'UE

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* non ha potuto che sollevare rilevanti critiche e perplessità in un periodo, già di per sé, caratterizzato dalle notevoli incertezze conseguenti all'emergenza sanitaria globale in corso. Invero, l'Unione Europea si trova a dover fronteggiare una crisi che ha assunto importanti connotati socio-economici che, con ogni probabilità, condurranno ad una pesante recessione di livello superiore rispetto a quella fronteggiata in seguito al *crack* di Lehman Brothers⁵¹. I giudici di Karlsruhe, con la loro dichiarazione *ultra-vires*, hanno dunque gettato un elemento inedito e potenzialmente esplosivo in un dibattito politico continentale che, con fatica, sta tentando di trovare una mediazione all'interno della disputa fra Paesi del nord e del sud Europa, un'ormai abituale contesa facilmente traducibile in "Paesi a basso indebitamento contro Paesi ad alto indebitamento". Le obiezioni a quanto stabilito dal *BVerfG* sul cd. *Quantitative Easing* operano tanto in una dimensione giuridica quanto in una di carattere economico, mantenendo un occhio sulla materia oggetto di analisi e l'altro su quelle future, ed eventuali, che potranno venire a costituirsi nei prossimi mesi od anni⁵².

In tal senso è utile partire da una questione preminente che unisce le due sfere appena citate e che tocca, almeno secondo il punto di vista di chi scrive, l'elemento centrale della riflessione da andare a strutturare: il confine tra politica monetaria e politica fiscale. Quello che infatti sorprende nella lettura della sentenza della Corte tedesca è la sottolineatura di un aspetto lapalissiano, una considerazione la cui ovvietà era stata messa in luce sin dal pronunciamento della CGUE⁵³: che la politica monetaria sortisca degli effetti su quella fiscale è infatti inevitabile e considerare anche solo l'ipotesi secondo cui l'operato della BCE non abbia ripercussioni su quello dei Governi e degli operatori economici è fuori da ogni logica⁵⁴. Giungere poi ad una ponderazione inerente alla proporzionalità degli interventi è materia quantomai complessa, esercizio in cui il *Bundesverfassungsgericht* si è calato con estrema leggerezza senza tenere in conto aspetti di assoluta rilevanza. Invero, per quanto non sia da escludere

⁴⁸ §§ 180-228; vedasi l'elencazione fornita sempre in questo paragrafo.

⁴⁹ § 235.

⁵⁰ Sul tema: P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., p.308.

⁵¹ La presidentessa della Banca Centrale Europea, in una conferenza stampa del 27 maggio 2020, ha stimato per l'anno in corso un calo del PIL per l'Eurozona fra l'8 ed il 12%. Nel 2009, anno immediatamente successivo all'esplosione della bolla finanziaria, il Prodotto Interno Lordo calò invece del 4,5%. Dati Eurostat.

⁵² Sono state molte ed immediate le reazioni critiche alla sentenza del *BVerfG*. Fra queste si segnala: J. ZILLER, *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand*, in Eurojus.it, n.2, 2020, pp.151-159.

⁵³ Vedasi a tal proposito: F. SALMONI, [Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Quantitative easing: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES](#), in questa [Rivista](#), 2020/II, 289.

⁵⁴ Il premio Nobel Stiglitz, nel suo libro "L'Euro", dedica un'ampia sezione alle connessioni fra politica monetaria e fiscale, esponendo una ferma critica a chi sostiene l'assoluta tecnicità della gestione della moneta. Si veda dunque: J. E. STIGLITZ, *L'Euro*, Einaudi, Torino, 2016, 149-178. Il già citato Höpner, nonostante nel suo scritto esprima una posizione in linea con quella del *BVerfG*, sostiene come la struttura alla base dell'Euro si sia consolidata su di una concezione economica ben precisa che vedeva completamente scisse la sfera monetaria da quella fiscale, una visione che, a detta dell'accademico tedesco, ha palesato i suoi limiti ponendo le istituzioni europee ed il Tribunale costituzionale federale nella difficile situazione di esaminare una pratica completamente svincolata dalla teoria. Si veda M. HÖPNER, *Karlsruhe*, cit., 441-445.

che la Banca Centrale abbia tentato di perseguire finalità ulteriori rispetto a quelle esplicite previste dai Trattati⁵⁵, i giudici di Karlsruhe tralasciano nella loro sentenza la problematica inerente ad un tasso d'inflazione che rimane distante dall'obiettivo di medio periodo del 2% ed al contempo oscurano gli effetti positivi derivanti dal programma (vedasi il miglioramento della condizione patrimoniale delle banche, il ridotto costo del credito o l'assottigliamento degli *spread*) mettendo in luce solamente quelli negativi (su tutti il calo di redditività del risparmio privato)⁵⁶. L'andamento dell'inflazione, che fra il 2014 ed il 2016 nell'Eurozona è oscillato fra lo 0,2% e lo 0,4%⁵⁷ e che ora rischia di incontrare una nuova fase di flessione, porrebbe in particolare la necessità di evitare una sbrigativa valutazione giuridica su di una questione monetaria a cui si fatica da anni a trovare una definitiva soluzione, materia che ha portato a parlare del rischio *japanification*⁵⁸ e dell'estremo strumento denominato *helicopter money*⁵⁹. Quali altri mezzi aveva a disposizione la Banca Centrale Europea per evitare la deflazione? Quali alternative erano sul tavolo vista la presenza di tassi d'interesse che erano già stati ridotti su di una quota difficilmente abbassabile? A questo punto verrebbe naturale girare le domande al *BVerfG* attendendosi una risposta puntuale ed esaustiva.

Altro elemento che i giudici di Karlsruhe paiono non prendere in considerazione è quanto enucleato dagli artt. 127 e 282.2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Se infatti da un lato è stabilito il primario perseguimento della stabilità dei prezzi, dall'altro, negli articoli in questione è previsto il sostegno alle politiche economiche generali dell'Unione ai sensi dell'art. 3 del TUE: quale dunque è stata la ponderazione delle conseguenze benefiche sortite dal PSPP in favore dell'occupazione, dell'andamento del PIL e di un'economia sociale di mercato che si prefigge di essere fortemente competitiva? Anche qui permangono dubbi che il *Bundesverfassungsgericht* faticherebbe a fuggire a pieno. Pertanto, alla luce di quanto appena rilevato, a parere di chi scrive viene difficile configurare l'operato della BCE come un'evidente e significativa violazione del principio di attribuzione (ai sensi di quanto stabilito nella sentenza *Mangold/Honeywall*) ed altrettanto arduo sarebbe affermare come la Corte tedesca si sia approcciata alla materia con quella euro-deferenza fissata nel concetto *Europarechtsfreundlichkeit*.

Passando ad una dimensione più strettamente giuridica, non può che giungere come apertamente conflittuale la posizione assunta da parte del *BVerfG* nei confronti della Corte di Giustizia Europea. L'accusa lanciata da Karlsruhe nei confronti del Lussemburgo è infatti circostanziata e di rilievo: aver autolimitato i propri poteri violando l'articolo 19 del TUE e non aver tutelato il principio di proporzionalità enucleato dall'articolo 5 del medesimo Trattato, permettendo alla Banca Centrale di

⁵⁵ In tal senso, *ex plurimis*, E. C. RAFFIOTTA, *Il volto ambiguo della Banca Centrale Europea*, in A. Morrone (a cura di), *La costituzione finanziaria*, Giappichelli, Torino, 2015, 221, analizzando l'operato della BCE nel periodo successivo alla crisi del 2008, sostiene come la Banca Centrale abbia assunto scelte di politica economica mascherate sotto la veste di scelte di politica monetaria. Non è in effetti del tutto fuori luogo, secondo il punto di vista di chi scrive, immaginare che nella strutturazione del programma PSPP (come per il precedente OMT) l'istituto di Francoforte abbia voluto agire anche con il fine di contenere gli *spread* e rilanciare l'economia; pur tuttavia, vista la presenza di un tasso di inflazione estremamente basso, ciò non ha portato a violazioni dello Statuto bensì ad una "fortunata" circostanza che permetteva di perseguire unitamente più finalità. Come meglio si avrà modo di evidenziare nel prosieguo del presente scritto, inoltre, i Trattati prevedono un più complessivo sostegno delle politiche generali dell'Unione che, in questo frangente, può rappresentare una valida base giuridica per quanto sopra esposto (cfr. *infra*, par. X).

⁵⁶ Questo è il punto di vista espresso anche da M. PIOARES MADURO, *Some preliminary remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in Verfassungsblog.de, 6 maggio 2020.

⁵⁷ Dati Eurostat.

⁵⁸ Con il termine "*Japanification*" si fa riferimento al fenomeno vissuto dal Paese asiatico negli ultimi vent'anni, un periodo contraddistinto da una bassa crescita economica, dalla deflazione e dall'espansione del debito pubblico. In tal senso, P. L. SIKLOS, *Looking into the Rear-View Mirror: Lessons from Japan for the Eurozone and the U.S.?*, in *IMES discussion paper series*, 2020.

⁵⁹ Il concetto di *helicopter money* nasce da una suggestione di Milton Friedman il quale, considerando un'ipotetica situazione di deflazione e crollo dell'economia, si domandò quali effetti si sarebbero potuti conseguire "gettando" direttamente banconote dal cielo. Negli ultimi anni, vista la stagnazione del PIL e l'assai contenuto tasso inflattivo, si è dato corpo a questa immagine e si è giunta a vagliare la possibilità che, in un periodo di recessione, la Banca Centrale possa far confluire della liquidità direttamente sui conti correnti dei cittadini. Fra i vari contributi, si veda L. REICHLIN-A. TURNER-M. WOODFORD, *Helicopter Money as a policy option*, in Vox.EU.org, 20 maggio 2013.

sconfinare in ambiti non di sua competenza⁶⁰. Queste considerazioni, che hanno portato ad identificare il pronunciamento della CGUE come atto a sua volta *ultra vires*, non possono però che ridestare una mai sopita riflessione in merito al rapporto fra le Corti nazionali e quella europea, una valutazione che potrebbe sfociare in un pericoloso cortocircuito; invero, disconoscere un pronunciamento dei giudici del Lussemburgo significa disconoscere su quella materia la competenza dell'Unione e, allo stesso modo, destituire l'istituzione euro-unitaria della sua autorità⁶¹. Al riguardo, parte della dottrina è tornata a ribadire come, da un lato, non esista alcuna disposizione dei Trattati che stabilisca in modo perentorio la supremazia del diritto comune su quello interno, bensì unicamente una prassi consolidatasi attraverso sentenze della CGUE tacitamente accettate dalle Corti nazionali mentre, dall'altro, è stato sottolineato come l'Unione Europea sia competente ad agire solo sulle materie ad essa attribuite in quanto non parificabile ad uno Stato pienamente autonomo⁶². In questa prospettiva, per esempio, sono state poste in evidenza le lacune presenti nella suddivisione di competenza fra diritto interno e diritto europeo rimarcando, con riferimento all'esistenza dei controlimiti, la necessità di un confronto (ai limiti dello scontro) fra Corti nazionali e CGUE finalizzato a rimarcare la "stravaganza" di un sistema in cui ad un'istituzione europea è demandato il compito di valutare se una materia sia o meno attribuita alla stessa Unione⁶³.

Ora, queste osservazioni colgono sicuramente aspetti su cui si può convenire, così come sulla necessità di addivenire ad una riforma dei Trattati finalizzata ad una legittimazione politica dell'UE e ad un sistema gerarchico più lineare. Tuttavia, con specifico riferimento alla vicenda oggetto di analisi, crediamo si possa ragionevolmente affermare che la materia di cui si verte è pienamente affidata, sia per quanto concerne l'attuazione che la vigilanza, alle istituzioni euro-unitarie e che, a fronte della valutazione effettuata dalla Corte di Giustizia Europea, sia doveroso cessare ogni ulteriore dibattito: il giudizio dei giudici del Lussemburgo, al pari di quello di ogni altra Corte suprema, dovrebbe quindi in questo caso risultare insindacabile da parte dei tribunali nazionali e, di rimando, dovrebbe rappresentare la naturale conclusione di una controversia che afferisce al mandato ed all'operatività di un'istituzione europea. Invero, dal momento che la politica monetaria è una per tutta l'Eurozona, diverrebbe illogico immaginare una ponderazione dei suoi effetti da parte di ogni giudice costituzionale dei singoli Paesi membri coinvolti, perché le conseguenze sarebbero

⁶⁰ In tal senso: G. TESAURO-P. DE PASQUALE, *La BCE*, cit., 13-15.

⁶¹ Non è comunque la prima volta che avviene una dichiarazione *ultra vires* di un atto dell'Unione Europea da parte di una corte nazionale (vedasi il caso *Landtova* o quello *Dansk Industri*). Cfr., a tal proposito: P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., 313-314

⁶² Come ben noto, la Corte di Giustizia Europea ha stabilito la prevalenza del diritto comunitario su quello interno a partire dalla [sentenza 6/64 \(Costa/Enel\)](#) e, di lì in avanti, ha sostenuto questa posizione incontrando la generale accettazione, con alcune importanti eccezioni, dei Tribunali costituzionali dei vari Paesi membri. La dottrina dei controlimiti, sopramenzionata in modo sommario con riferimento alla vicenda *Solange*, ha rappresentato il tal senso un punto di sondo fondamentale che è stato alimentato anche grazie alla *cd. sentenza Frontini (sentenza n. 183 del 23 dicembre 1973)* pronunciata dalla Corte Costituzionale italiana. Le considerazioni da portare a questo riferimento sarebbero innumerevoli, per brevità, si rimanda all'ampia letteratura venutasi a formare nel corso dei decenni; si veda, *ex plurimis*, G. GAJA - A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2020; e P. MANGOZZI - C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Cedam, 2018. Secondo Höpner l'accettazione da parte del *BVerfG* del primato europeo deriva principalmente dallo scarso numero di materie attribuite all'epoca alla Comunità e, nella visione dell'Autore tedesco, l'estensione del principio sarebbe avvenuta tenendo in debito conto le cautele imposte dalla Corte tedesca nel corso degli ultimi tre decenni (vedasi il controllo sugli atti *ultra-vires* e quello di identità costituzionale). Sul tema, M. HÖPNER, *Karlsruhe*, cit., 441-445.

⁶³ È questa la posizione espressa da R. BIN, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea*, in [DPCE](#), n.10, 2019, 905-917, secondo il quale la Corte di Giustizia Europea non sarebbe mai giunta ad una puntuale definizione del perimetro delle competenze dell'Unione Europea in modo da non auto-limitare il proprio potere. L'Autore giunge a tal proposito a giustificare pienamente l'atteggiamento assunto dal *BVerfG* sul caso OMT e rimarca l'importanza di sostenere il diritto interno ed il suo valore rispetto a quello euro-unitario: «Detta in altre parole, nessun trattato – ratificato con le procedure costituzionali – può attribuire a un organo da esso istituito il potere di decidere quale sia il corretto bilanciamento tra interessi contrastanti (interessi evidentemente riconosciuti dal trattato stesso) e pretendere di farlo prevalere sul giudizio di bilanciamento che la Costituzione affida al proprio giudice costituzionale».

evidentemente nefaste per la tenuta del sistema istituzionale europeo e la conclusione più naturale consterebbe in una condizione di paralisi dalla quale sarebbe impossibile muoversi⁶⁴. Risulta in tal senso difficile sostenere la necessità di addivenire ad un'autentica Federazione europea per poter svincolare la BCE dal giudizio del *Bundesverfassungsgericht* dato che, tale ragionamento, sarebbe stato da palesare al momento del trasferimento della politica monetaria all'Unione e non dunque in questo frangente, situazione in cui gli Stati membri hanno demandato da anni la gestione di tale funzione all'UE⁶⁵. Pertanto, qualora il *BVerfG* dovesse attuare quanto per ora solo paventato, diverrebbe necessario avviare da parte della Commissione Europea una procedura d'infrazione nei confronti della Germania che sfocerebbe probabilmente in un processo dinnanzi alla CGUE, un continuo rimescolamento della questione da cui si faticherebbe ad uscire. E' inoltre stato sollevato da più parti il timore che questa sentenza possa legittimare le Corti di altre Nazioni ad avviare procedimenti finalizzati al disconoscimento parziale del diritto europeo⁶⁶; in tal senso è stata evocata l'Ungheria con la sua Legge Fondamentale marcatamente etnica, uno Stato che, mostrando notevoli ritrosie nei confronti di una gestione migratoria euro-solidale, potrebbe addurre motivazioni affini a quelle del *Bundesverfassungsgericht* per evitare di esser coinvolto in processi di redistribuzione ed accoglienza dei richiedenti asilo⁶⁷.

A queste considerazioni relative alle mancanze del pronunciamento si accompagnano i timori riguardanti le possibili ricadute su altre decisioni assunte su base euro-unitaria, con uno specifico riferimento agli strumenti predisposti per fronteggiare la presente crisi socio-economica. In questa cornice, il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), varato dalla BCE per evitare un aumento dei tassi di interesse sui titoli pubblici dell'Eurozona, presenta infatti delle caratteristiche che confliggono con quanto stabilito dal *BVerfG* per non rilevare una violazione dell'articolo 123 del TFUE: va infatti considerato come l'istituto di Francoforte si sia riservato la possibilità di deviare dalla regola aurea della *capital key* e che un eguale margine di discrezionalità è stato previsto per il rispetto della soglia del 33% (relativo all'acquisto di titoli afferenti ad un singolo Paese o inerenti ad una singola emissione) e per la necessità di presentare un *rating* che garantisca un'elevata solvibilità del debitore (nel programma verranno coinvolte anche obbligazioni greche e titoli pubblici aventi prima della crisi una valutazione minima pari a BBB-)⁶⁸. A questo riferimento è però doveroso

⁶⁴ *Contra*, si veda l'opinione di A. Mangia (in F. MASSARO, *Sentenza BCE, "una mossa difensiva della Germania. Ma attenti a non far crollare la UE"*, in *L'Economia-Corriere della Sera*, 6 maggio 2020), secondo cui è assolutamente corretto che il *BVerfG* possa pronunciarsi sulla proporzionalità e la validità del PSPP, e ciò in ragione del fatto che "[...] L'ordinamento europeo non è un ordinamento federale e non ha una Corte di chiusura". Secondo l'Autore, infatti, "la Corte non interpreta il trattato, ma la legge tedesca di ratifica. E la confronta con la sua costituzione". Il nostro punto di vista è invece affine a quello espresso da G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *Anticipazione DPCE online*, n.2, 2020, il quale richiama il principio "*Rex in regno suo est imperator*" al fine di chiarire come, questa regola non scritta ma comunemente accettata nel dialogo fra Corti, sia la maniera più idonea per interpretare il principio di attribuzione enucleato dall'articolo 5 del Trattato sull'Unione Europea.

⁶⁵ Stando all'interpretazione fornita da W. STREECK, *Staatsbildung durch die Hintertür?*, in *Makroskop*, 26 maggio 2020, il *BVerfG* ha identificato nell'assenza di una Federazione europea il motivo principale alla base della propria valutazione sul PSPP e pertanto, sempre secondo il punto di vista dell'Autore, tale pronunciamento dovrebbe essere interpretato all'interno dell'ampia discussione afferente alla natura dell'UE.

⁶⁶ Il dialogo fra Corti nazionali europee e CGUE porta con sé molte circostanze e valutazioni che hanno contribuito alla formazione di una letteratura pluridecennale assai rilevante. In questo testo, onde evitare di sviare eccessivamente rispetto alla primaria questione in analisi, non v'è dunque la possibilità di approfondire la materia nella maniera adeguata; si propongono però, di seguito, alcuni titoli che possono contribuire a colmare le lacune ivi presenti: F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, n.18/2019; e G. TESAURO, *Anche le corti cambiano*, in *Questione Giustizia*, n.1, 2014, 39-52.

⁶⁷ L'Ungheria del primo ministro Orban è considerata l'alfiere del cd. blocco di Visegrad, gruppo che unisce i Paesi dell'area est dell'UE. Questi Stati (Ungheria, Polonia, Slovacchia e Repubblica Ceca) hanno mostrato le resistenze più forti nell'implementazione di una politica migratoria differente rispetto a quella stabilita dai Trattati di Dublino. A tal proposito, cfr. J. S. FRELAK, *Solidarity in European Migration Policy: the Perspective of the Visegrad States*, in *Solidarity in the European Union*, 2017, 81-95.

⁶⁸ *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), al [sito web della BCE](#).

sottolineare quanto suggerito da Höpner il quale, a proposito delle eventuali ricadute sul piano emergenziale varato dalla BCE, sottolinea due aspetti che inducono ad un, seppur tenue, ottimismo: da un lato va, infatti, considerato come ogni programma richiede una specifica ponderazione e che, quindi, non potrebbero essere estese automaticamente le valutazioni afferenti al cd. *Quantitative Easing* nei confronti del PEPP; dall'altro lato, invece, va considerato il fattore temporale, che impedirebbe al *BVerfG* di esprimersi sulla materia se non solo successivamente al rinvio della questione alla CGUE ed al ritorno della stessa presso Karlsruhe⁶⁹ (un periodo che permetterebbe probabilmente al *Pandemic Emergency Purchase Programme* di essere già terminato)⁷⁰.

Altro progetto che potrebbe risentire di quanto previsto nella sentenza sul caso PSPP è quello riconducibile al cd. *Recovery Fund*, strumento ancora in gestazione che dovrebbe finanziarsi principalmente attraverso l'emissione di obbligazioni europee garantite dal bilancio pluriennale. Invero, per quanto emerso dalla proposta presentata dalla Commissione al Parlamento Europeo⁷¹, è ragionevole affermare come la concessione a fondo perduto di notevoli risorse a specifici Paesi colpiti pesantemente dal COVID-19 ed aventi un rapporto debito/PIL elevato incontrerebbe una resistenza da parte di una consistente fetta dell'*establishment* teutonico il quale, attraverso le abituali *Verfassungsbeschwerde*, non tarderebbe a presentare la questione dinnanzi ai giudici di Karlsruhe⁷². Altrettanto ragionevole è sostenere che, la presa di posizione assunta sulla vicenda *Quantitative Easing* da parte del *BVerfG*, sarebbe probabilmente da considerare come un monito ad un'attenta valutazione riguardo a quanto previsto dall'articolo 125 del TFUE, cioè il divieto per l'Unione di farsi carico degli oneri debitori assunti da un singolo Stato membro. La Commissione, anche per questa ragione, si sta nel mentre premurando di fissare delle condizionalità ai sensi del secondo comma dell'art.122 del TFUE⁷³ ma, la voce in questione, pare costituire una barriera difensiva non difficilmente eludibile. Non va inoltre trascurato quanto sostenuto dal *Bundesverfassungsgericht* in precedenti sentenze (vedasi le vicende afferenti a MES e Fiscal Compact⁷⁴) riguardo alle funzioni da lasciare in capo al *Bundestag*, sede parlamentare che, secondo il punto di vista dei giudici di Karlsruhe, deve conservare la più ampia discrezionalità possibile in materia di bilancio. In dottrina⁷⁵,

⁶⁹ Ai sensi di quanto previsto dalla sopra menzionata sentenza *Mangold/Honeywall*.

⁷⁰ M. HOPNER, *Karlsruhe*, cit., 443-445, ove l'A., nel presentare le proprie valutazioni, sostiene comunque come sussista sulla tematica una scarsa chiarezza che potrebbe dar luogo a valutazioni ampiamente opinabili ed a mere congetture sul tema.

⁷¹ La proposta (*Next Generation EU*) è stata presentata dalla presidente Von der Leyen al Parlamento Europeo in data 27 maggio 2020. Il fondo dovrebbe essere a composizione mista: cinquecento miliardi in stanziamenti a fondo perduto e duecentocinquanta sotto forma di prestiti.

⁷² Le preoccupazioni di parte del mondo politico ed accademico tedesco in merito all'eventuale costituzione di strumenti di debito comune, siano essi denominati Coronabond o Eurobond, sono ben enucleate dallo scritto di B. HERZOG, *Whither Coronabonds? The Past and Future of the EMU in the Coronavirus Pandemic*, in *Intereconomics*, n. 3, 2020, 154-159. In questo articolo l'Autore sostiene infatti come, per addivenire all'emissione di obbligazioni euro-unitarie, sarebbe necessario per ragioni finanziarie e giuridiche conseguire allo stesso tempo un'unione politica e fiscale; invero, secondo questa visione, concedere a Paesi aventi un debito pubblico elevato uno strumento di condivisione delle passività, senza effettuare un'epocale riforma della struttura europea, avrebbe come naturale conseguenza un'incentivazione all'azzardo morale che condurrebbe ad un ulteriore aggravamento del quadro di finanza pubblica. Secondo Herzog dunque la soluzione idonea da percorrere nella presente situazione sarebbe quella del Meccanismo Europeo di Stabilità il quale potrebbe essere investito, e qui probabilmente si denota la maggior diffidenza nei confronti degli Stati "cical", del potere di imporre, in cambio delle proprie erogazioni, piani di ristrutturazione del debito pubblico. La conclusione dello scritto rende poi una rappresentazione sintetica ma molto efficace della diffidenza finora descritta nei confronti di obbligazioni emesse su base europea: "*The long-term fiscal and economic damage of eurobonds in a rule-based fiscal architecture – as history corroborates – would be greater than the historical challenge of the coronavirus pandemic, unless there is a political union in Europe*".

⁷³ «Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato».

⁷⁴ In tal senso, A. DI MARTINO, *La sentenza*, cit.

⁷⁵ G. SCACCIA, *Nazionalismo*, cit.; un ricorso esclusivo al MES comporterebbe infatti un aumento dei debiti pubblici delle Nazioni coinvolte e, al contempo, imporrebbe, stante il quadro giuridico attuale, il rispetto di una condizionalità che potrebbe palesarsi in maniera più o meno severa.

a proposito dei due pronunciamenti appena citati, è stato sostenuto come il convitato di pietra palesato dalla sentenza del *BVerfG* sia proprio il Meccanismo Europeo di Stabilità, strumento che, seguendo questa chiave di lettura, sarebbe la strada da perseguire per i Paesi membri aventi una condizione di finanza pubblica maggiormente precaria. Il ricorso al MES in sostituzione del *cd. Recovery Fund* sarebbe evidentemente una soluzione peggiorativa per questi ultimi e, altrettanto evidentemente, rappresenterebbe un mantenimento dell'attuale quadro di *governance* economica euro-unitaria.

5. Una doverosa riflessione sul ruolo della Banca Centrale Europea

Fra le varie argomentazioni critiche sollevate nei confronti del pronunciamento del *Bundesverfassungsgericht* merita un'analisi particolare quella afferente ad un'eventuale violazione da parte della Corte tedesca dell'indipendenza della Banca Centrale Europea⁷⁶. A questo proposito, il riferimento giuridico sarebbe l'articolo 130 del TFUE il quale vieta all'istituto di Francoforte di essere assoggettato a condizionamenti esterni riguardanti la definizione della politica monetaria. Ebbene, secondo la richiamata dottrina, i giudici di Karlsruhe, con il loro pronunciamento, avrebbero deviato da quanto previsto nei Trattati incappando in un paradosso che li vedrebbe autori di un'indebita pressione nei confronti di un'istituzione che è stata costituita proprio sul modello della banca centrale tedesca pre-Euro⁷⁷, un soggetto che non può in alcun modo essere eterodiretto per perseguire nella maniera appropriata gli obiettivi fissati dal proprio statuto. Tale tesi, a nostro modesto avviso, necessita però di una puntualizzazione: v'è infatti con questa visione il rischio di ingigantire il concetto di autonomia della BCE la quale, vista l'ideologia su cui è stata sviluppata, è tenuta a rispondere del proprio operato dinnanzi ad un potere giuridico, presentando dunque un grado di indipendenza certamente non molto ampio.

A tal fine, occorre anzitutto soffermarsi sul concetto di *central banking* e sulla struttura su cui è stata creata la Banca Centrale Europea, cioè la sopracitata *Bundesbank*. Con riferimento alla prima tematica è utile partire da un'efficace ricostruzione formulata da Pierluigi Ciocca il quale, nel suo libro "La banca che ci manca"⁷⁸, traccia le differenti e possibili modulazioni del perimetro delle attività di una banca centrale cogliendo, al contempo, una dicotomia di fondo che contrappone *keynesiani* a monetaristi⁷⁹. Invero, l'ex funzionario di Palazzo Koch sostiene nella sua trattazione come per gran parte del '900 abbia largamente prevalso una visione del *central banking* fondata sulla discrezionalità: una banca centrale che poteva quindi agire con estrema autonomia interpretando in maniera largamente flessibile quanto previsto dallo statuto.

Questa filosofia, che prevedeva un'attribuzione politica a quanto deliberato dall'istituto d'emissione, muoveva dalle teorie formulate da John Maynard Keynes il quale identificava negli investimenti privati la "parte instabile" di un'economia capitalista e, pertanto, vedeva la banca centrale come veicolo attraverso cui riuscire a fornire risposte rapide ed incisive a seconda delle situazioni che il contesto presentava⁸⁰. La stagflazione degli anni '70 mise però in discussione il modello appena esposto portando accademici e politici ad interrogarsi sulla validità di quanto affermato dall'economista britannico; invero, la causa di un'inflazione che in alcuni Paesi viaggiava

⁷⁶ Così, A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to "break the toy" or a new starting point for the Eurozone?*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), n.16/2020, 44-46.

⁷⁷ Sul tema A. PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Giappichelli, Torino, 1998, 283-299.

⁷⁸ P. CIOCCA, *La banca che ci manca*, Donzelli, Roma, 2014.

⁷⁹ Per brevità le due categorie sono state raccolte sotto queste denominazioni anche se, la ricostruzione dell'Autore, delinea un quadro ben più ampio. La prima linea di pensiero, nello scritto denominata *keynesiana*, si pone infatti lungo un *continuum* che coinvolge Thornton, Bagehot, Keynes e Minsky (schema T-B-K-M) mentre, la seconda, vede Ricardo e Friedman come riferimento di una corrente che interessa la visione monetarista e quella afferente all'*inflation targeting*.

⁸⁰ Naturale riferimento sulla materia e sul pensiero keynesiano non può che essere: J. M. KEYNES, *The General Theory of Employment Interest and Money*, 1936.

su livelli superiori alla doppia cifra venne identificata in politiche monetarie lassiste e connesse al poter politico piuttosto che in un aumento del costo delle materie prime, e del lavoro, od in una crisi del sistema fiscale⁸¹. Nell'ampio dibattito dell'epoca riuscì pertanto a ritagliarsi uno spazio sempre maggiore il monetarismo, visione economica radicalmente diversa rispetto a quella *keynesiana*. La teoria in oggetto, che trova in Milton Friedman il proprio padre putativo, non considera infatti gli investimenti privati come “parte debole” del capitalismo bensì identifica proprio la moneta e la sua gestione come un possibile fattore scatenante l'instabilità dei mercati e, in tal senso, sostiene il ruolo di una banca centrale che si ritira da una vastità di funzioni ad essa precedentemente in capo concentrandosi primariamente sul contenimento dell'inflazione⁸². In questa cornice, dunque, l'istituto di emissione si svincola dal sostegno dell'economia e delle politiche pubbliche (attuato, per esempio, attraverso l'acquisizione di titoli di Stato) andando a collocarsi in una posizione di piena autonomia che risponde unicamente a quanto previsto da uno statuto focalizzato sulla stabilità dei prezzi. L'indipendenza della banca centrale è pertanto riferibile ad una libertà rispetto ad eventuali condizionamenti esterni, non rispetto alle funzioni ad essa attribuite: invero, il monetarismo non concede discrezionalità al banchiere centrale bensì gli fornisce una precisa strada da perseguire che eviti incursioni improprie nell'andamento dei mercati, una libertà nei mezzi e non dunque nei fini⁸³. A partire dagli anni '70 molti istituti di emissione seguirono la presente linea e, fra questi, vi fu indubbiamente la *Bundesbank* la quale, venuti meno gli accordi di Bretton-Woods e quelli *Smithsoniani*⁸⁴, fissò con fermezza il proprio obiettivo nel contenimento dell'inflazione permettendo man mano il consolidamento di un marco sempre più stabile⁸⁵.

Questa configurazione si mantenne invariata per i decenni successivi e ben si abbinò ad un sistema economico basato sull'elevata esportazione di beni di alta qualità (che non necessitavano quindi di svalutazioni competitive) e sulla necessità di acquisire materie prime a costi contenuti⁸⁶. La Banca Centrale Europea, che non casualmente trova la propria sede a Francoforte sul Meno, è stata manifestamente strutturata sul modello dell'istituto d'emissione teutonico e, conseguentemente, ha nel monetarismo la propria teoria di riferimento: possono quindi dei giudici valutare il suo operato o ciò contravviene a quanto previsto dal sopramenzionato articolo 130 del TFUE? Secondo chi scrive, alla luce di quanto fino ad ora espresso, la risposta, in linea generale, non può che essere affermativa. Ciò nonostante (e qui, verrebbe da dire, sussiste l'atto *ultra-vires* del *BVerfG*) occorre immediatamente precisare come nell'Unione Europea questa funzione dovrebbe essere unicamente in capo alla CGUE dato che, l'operato della banca centrale dell'Unione, non può che essere valutato dalla Corte di Giustizia, per l'appunto, dell'Unione.

Qui giunti, vale però la pena di compiere un ulteriore passo e domandarsi se questa configurazione sia ancora economicamente valida o meno. In tal senso, sempre secondo il punto di chi scrive, la risposta è negativa e, di seguito, ci si propone di motivarne le ragioni.

Anzitutto, la crisi del 2008 ha evidenziato i limiti dell'approccio monetarista e, più in generale, della filosofia neo-liberista a cui si accompagnava a partire dagli anni '80; la capacità di auto-regolazione dei mercati ha mostrato evidenti carenze e, in egual misura, sono emerse le criticità dettate dall'assenza nell'economia di una banca centrale che operasse in modo flessibile nella sfera monetaria e non solo in questa (vedasi, per esempio, la vigilanza del mondo creditizio). Negli Stati

⁸¹ P. CIOCCA, *La banca*, cit., pp.41-50.

⁸² Friedman reputava come un mercato dotato di una “ancora monetaria” potesse risultare sufficientemente stabile, riuscendo a perseguire aggiustamenti spontanei in grado di riequilibrare domanda ed offerta. A tal proposito, v. M. FRIEDMAN, *A program for monetary stability*, Fordham University Press, 1959, 23.

⁸³ Una descrizione della duplice accezione del concetto di autonomia per una banca centrale era stata già proposta, *ex plurimis*, da A. PREDIERI, *Euro*, cit., 298-299, secondo cui «non basta dire “indipendenza”: altro è “indipendenza per obiettivo” ed altro “indipendenza per strumento”. La prima locuzione significa che la banca può stabilire gli obiettivi che essa vuole perseguire, come il tasso di inflazione che il paese ha intenzione di raggiungere. La seconda significa che il Sistema europeo delle banche centrali, o banca centrale, ha il controllo sugli strumenti di politica monetaria».

⁸⁴ Cfr., a tal proposito: E. DE SIMONE, *Storia Economica*, FrancoAngeli, Milano, 2012, 266-267.

⁸⁵ In tal senso: A. BOLAFFI-P. CIOCCA, *Germania/Europa*, Donzelli, Roma, 2017, 159-160.

⁸⁶ Vedasi: F. VIANELLO, *La moneta*, cit.

Uniti, laddove la bolla finanziaria è venuta a generarsi, la Federal Reserve è progressivamente tornata ad operare come prestatore d'ultima istanza sostenendo l'economia pubblica e privata attraverso operazioni non convenzionali che fino a pochi anni prima sarebbero state inconcepibili. Proprio da qui è pervenuto inoltre un esempio dei limiti della regolazione in auge sul *central banking*, esempio le cui conseguenze hanno travolto il sistema economico mondiale. Il fallimento di Lehman Brothers ha infatti notoriamente fra le proprie cause la decisione da parte di Tesoro e FED di non procedere ad un salvataggio *in extremis* e, se per il primo soggetto è vero che questo avvenne nel tentativo di non assecondare nuove forme di azzardo morale scaricando l'onere del *crack* sui contribuenti⁸⁷, la stessa cosa non si può dire per la banca centrale statunitense. Stando infatti a quanto riportato da Ben Bernanke e Timothy Geithner⁸⁸, il rifiuto di finanziamento da parte della Federal Reserve aveva una natura primariamente giuridica: vi era infatti la convinzione che un intervento del genere eccedesse quanto previsto dallo statuto e che la magistratura, più che il potere politico, potesse formulare una valutazione *ex-post* che rilevasse una violazione della *Section 13.3 del Federal Reserve Act*⁸⁹.

La circostanza appena descritta, che ha portato alla definitiva deflagrazione della bolla speculativa, espone al meglio quali siano i limiti dell'approccio economico consolidatosi negli anni '80 e pongono come necessaria una riflessione sollecitata da più parti⁹⁰, un'analisi riguardante l'investitura tecnica o politica della banca centrale. La visione sviluppata a partire da Friedman ha infatti identificato la gestione della moneta come un fattore squisitamente tecnico, materia che doveva essere attribuita ad un'istituzione che agiva in modo quasi predeterminato, riducendo ed alzando i tassi d'interesse secondo schemi non suscettibili di consistenti variazioni.

Gli eventi derivanti dalla crisi finanziaria hanno però rapidamente mostrato come le decisioni assunte dai banchieri centrali abbiano un carattere fortemente politico; invero, ogni scelta effettuata ha un impatto sull'economia che comporta ricadute sulla distribuzione della ricchezza all'interno della società e, di rimando, condiziona le politiche fiscali messe in atto dai Governi dei diversi Paesi. Joseph Stiglitz, nel suo libro "L'Euro"⁹¹, offre una visione netta di un *central banking* di carattere tecnico e vede nell'operato della BCE di Jean-Claude Trichet una dimostrazione efficace di come una banca centrale possa compiere scelte marcatamente ideologiche (per quanto elaborate come decisioni prettamente tecniche): il rifiuto di agire come prestatore di ultima istanza nei confronti di Stati o banche, unitamente alla decisione di voler contenere il tasso d'inflazione senza considerare aspetti esterni, ha infatti avuto una drastica influenza sulla vita socio-economica di alcune Nazioni ingenerando una situazione che ha agevolato i creditori piuttosto che i debitori, acuendo le disuguaglianze presenti all'interno della società⁹².

Svincolare le banche centrali dalla rigidità degli statuti è probabilmente quanto di più logico possa essere effettuato per cercare di plasmare un'istituzione effettivamente in grado di gestire gli *shock* generati da un mercato che, come gli eventi hanno dimostrato, non è in grado di autoregolarsi in modo idoneo; in tal senso gli Stati Uniti, come sottolineato poco sopra, non hanno tardato ad accantonare gli aspetti monetaristi derivanti dalle amministrazioni precedenti⁹³ ed hanno dispiegato,

⁸⁷ Il Dipartimento del Tesoro statunitense, rifiutando di procedere al salvataggio di Lehman Brothers con la cessione dell'istituto a Barclays, evitò di sborsare una cifra compresa fra i dodici ed i sessanta miliardi di dollari. Il solo *Troubled Assets Relief Program* (TARP), emanato il 3 ottobre del 2008 con il fine di gestire il terremoto finanziario derivante dal fallimento della banca d'investimenti, impegnò lo Stato americano fino a settecento miliardi di dollari. In tal senso, P. CIOCCA, *La banca*, cit., 94-95. In questo contesto venne dunque a prendere sostanza il concetto di *Too Big To Fail*, espressione che ha ispirato un omonimo libro dal grande successo editoriale: A. R. SORKIN, *Too Big To Fail*, De Agostini, Novara, 2010.

⁸⁸ All'epoca rispettivamente presidente della Federal Reserve e direttore del Dipartimento della stessa di New York.

⁸⁹ Per questo riferimento, cfr. T. F. GEITHNER, *Stress Test. Reflections on Financial Crisis*, Random House, New York, 2014, p.402.

⁹⁰ Vedasi sul tema, fra i vari, J. E. STIGLITZ, *L'Euro*, cit., 165-166 e G. SAPELLI, *Sull'indipendenza delle banche centrali: un gioco di specchi?*, in *Diritto Costituzionale*, n. 2, 2018, 59-83.

⁹¹ J. E. STIGLITZ, *L'Euro*, cit.

⁹² *Ivi*, pp.157-161.

⁹³ Il monetarismo venne preso come riferimento dalla Federal Reserve a partire dal mandato Volcker (1979-1987) nel

successivamente alla crisi, una serie di interventi inediti che hanno permesso all'economia americana di ripartire con slancio. Una Banca Centrale Europea configurata in siffatta maniera risulta pertanto non coerente con la realtà coeva e, a fronte di alcuni importanti mutamenti avvenuti sotto la presidenza Draghi (vedasi l'Unione Bancaria⁹⁴), rimangono ambiti in cui l'istituto di Francoforte si presenta come vistosamente depotenziato rispetto a quelli di altre importanti Nazioni, occidentali e non. Sarebbe necessario rivedere i compiti affidati alla BCE, affiancando al perseguimento della stabilità dei prezzi un effettivo sostegno all'occupazione ed alla crescita che possa evitare situazioni paradossali in cui l'Eurozona abbia una valuta estremamente forte e squilibri interni che penalizzano ampie fasce della popolazione. A ciò andrebbe abbinato il riconoscimento di un valore politico di quanto svolto dall'istituto di emissione tentando di uscire dalla definizione attribuita ad esso dalla dottrina come «ente terzo e indipendente, tecnico, sì, ma a forte vocazione politica»⁹⁵”), per approdare ad un controllo sull'operato della banca centrale che si allarghi da una dimensione giuridica ad una, per l'appunto, primariamente politica⁹⁶: in questo contesto sarebbe dunque il Parlamento Europeo, unitamente alla Commissione ed al Consiglio, ad esercitare una vigilanza *ex-post* legittimata dall'investitura ricevuta dall'elettorato, una ponderazione che tenga in conto le finalità perseguite con riferimento agli effetti sortiti non su di un aspetto tecnico, bensì, su di un elemento pienamente sociale. In dottrina, valutando la politica monetaria come una grandezza non predeterminabile in astratto, si è osservato come le naturali fluttuazioni a fisarmonica che dovrebbe seguire la BCE potrebbero essere legittimate solo attraverso la costituzione di un controllo parlamentare, una condizione che, ad ora, pare ancora non sussistere⁹⁷.

In tale direzione, negli ultimi anni ha preso consistenza un “dialogo monetario” strutturato sulla base degli articoli 283 e 284 del TFUE⁹⁸, un attivismo cioè del Parlamento Europeo che ha portato in più occasioni il Presidente della Banca Centrale a riferire in merito alle traiettorie seguite dall'istituto di Francoforte⁹⁹, tanto che, proseguendo nel percorso intrapreso, è stato altresì proposto di rafforzare questo legame attraverso una lettura “forte” dell'art.10.1 del Trattato sull'Unione Europea (“Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa”) che possa permettere di trasferire progressivamente il controllo sull'operato della BCE verso Strasburgo¹⁰⁰. A nostro avviso, però, a tal fine non sarebbe possibile una lettura talmente estensiva da andare ben oltre ciò che si può ragionevolmente ricavare da una norma, sia pur espressiva di una clausola generale con formulazione quanto mai indeterminata, ma sarebbe necessaria una esplicita e specifica modifica dei Trattati, che richiederebbe tuttavia un'ampia e condivisa volontà politica di cui, ad ora, pare non esservi ancora

corso del quale venne posta primaria rilevanza sul contenimento dell'inflazione piuttosto che sulla riduzione del livello di disoccupazione. A tal proposito, I. MORGAN, *Monetary Metemorphosis: The Volcker FED and Inflation*, in *The Journal of Policy History*, vol. 24, n.4, 2012.

⁹⁴ Sul tema: N. RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione Bancaria*, Cacucci, Bari, 2018.

⁹⁵ E. C. RAFFIOTTA, *Il volto*, cit., 221, con espressione che sembra suonare come un ossimoro.

⁹⁶ A questo riferimento Pierluigi Ciocca richiama nel suo libro il punto di vista di Guido Carli il quale, riflettendo sulla necessità per la Banca d'Italia di acquisire titoli di debito pubblico, sottolineò la valenza e le ricadute politiche del proprio operato (escludendo, quindi, una visione prettamente tecnica che risultasse svincolata dall'azione dei Governi). Cfr. P. CIOCCA, *La banca*, cit., 110.

⁹⁷ R. IBRIDO, *Il controllo*, cit., pp.5-6.

⁹⁸ L'articolo 283.2 del TFUE prevede come i membri del Comitato Esecutivo della BCE debbano venire nominati con maggioranza qualificata da parte del Consiglio Europeo, su raccomandazione del Consiglio e previa consultazione del Parlamento Europeo e del Consiglio Direttivo della Banca Centrale Europea. L'articolo 284.3 impone invece all'istituto di Francoforte di trasmettere al Parlamento Europeo, al Consiglio, alla Commissione ed al Consiglio Europeo una relazione annuale relativa all'attività del SEBC ed afferente alla politica monetaria dell'anno precedente e di quello in corso; a ciò si aggiunge la previsione che il presidente della BCE e gli altri membri del Comitato Esecutivo possano “[...] a richiesta del Parlamento europeo o di propria iniziativa, essere ascoltati dalle commissioni competenti del Parlamento europeo.”

⁹⁹ Il Parlamento Europeo ha, dopo la crisi del 2008, aumentato in modo esponenziale il ricorso ad interrogazioni nei confronti della BCE: si è passati in tal senso dalle 10 del 2009 alle 179 del 2015. Sul tema, v. R. IBRIDO, *Il controllo*, cit., 8.

¹⁰⁰ *Ivi*, 6.

traccia.

6. Allargando lo sguardo: la necessità di una Germania europeista per il futuro dell'Unione

Alla luce di quanto finora argomentato, e della ricostruzione storica che ha condotto fino al pronunciamento del 5 maggio del *Bundesverfassungsgericht*, diviene doveroso leggere la sentenza dei giudici di Karlsruhe all'interno di un quadro ampio, che non si limiti allo specifico oggetto della controversia ma che vada oltre, analizzando una dimensione di lungo periodo che faccia propri elementi trasversali che attengono al ruolo giocato dalla Germania nel processo di integrazione europea. Con riferimento al PSPP, secondo il punto di vista di chi scrive, è ragionevole immaginare come anche in questa circostanza il *BVerfG* non affonderà il morso tanto temuto, ricorrendo nella sua definitiva valutazione alla formula “*Ja, aber...*” che già in passato è stata adottata; troppe sarebbero infatti le incertezze derivanti da un ritiro della *Bundesbank* dall'attuazione del programma della BCE e la Corte tedesca, pur sempre radicata in un contesto che eviterebbe volentieri un terremoto dall'impatto difficilmente stimabile¹⁰¹, non può che tenerne conto.

Quello che la vicenda rischia però di condizionare è la formulazione di nuovi ed eventuali strumenti su base comune, meccanismi destinati ad avvicinare questa non ben definita Unione Europea al concetto di Federazione, tentando di addivenire ad un mutamento che con grande fatica le istituzioni euro-unitarie (ed alcuni Governi dei Paesi membri) stanno cercando di disegnare. In tal senso, volendo formulare un esempio, la Banca Centrale Europea potrebbe sentirsi vincolata nell'andare a strutturare un piano di acquisti straordinario ed i rappresentanti della banca centrale tedesca, unitamente ai vertici politici della Repubblica Federale, avrebbero gioco facile a trincerarsi dietro al pronunciamento del *Bundesverfassungsgericht* per evitare di implementare processi di carattere europeo che pongono in subordinazione la dimensione nazionale¹⁰².

Un continuo euro-attivismo del *BVerfG*, facilitato da un approccio decisamente “tollerante” dello stesso Tribunale nei confronti dell'ammissibilità delle *Verfassungsbeschwerden*¹⁰³, rappresenterebbe dunque una spada di Damocle per l'Unione Europea, un fattore di perenne incertezza che limiterebbe ogni ragionamento indirizzato ad un ulteriore sviluppo comune dei ventisette Stati membri. Da qui sorge pertanto una riflessione afferente alla posizione assunta dalla Germania nei confronti del progetto continentale, un'analisi atta a comprendere quale ruolo questo Paese sia disposto, ed intenzionato, a giocare negli anni a venire. Invero, risulta innegabile il fatto che Berlino si ponga (sotto ogni punto di vista) al centro dell'Europa e che il futuro degli altri Stati appartenenti all'UE sia strettamente legato a quanto deliberato dal *Bundestag*: la Nazione più popolosa e produttiva del continente detiene un ineludibile potere contrattuale che l'Unione monetaria, costruita su misura del

¹⁰¹ Stando alla ricostruzione di G. SCACCIA, *Nazionalismo*, cit., chi subirebbe le maggiori ripercussioni successivamente al ritiro della *Bundesbank* dal programma PSPP sarebbe proprio la Germania: invero, in modo paradossale, verrebbero venduti in questo modo dalla banca centrale tedesca titoli quasi totalmente della Repubblica Federale e, come naturale conseguenza, si avrebbe un aumento dei tassi d'interesse sui *Bund* ed una riduzione degli *spread*.

¹⁰² Analogamente, A. MANGIA (in F. MASSARO, *Sentenza BCE*, cit.) afferma che «questo atteggiamento fa molto comodo al Governo tedesco. Dopo questa sentenza — come già ai tempi del Mes e della Grecia — può sedersi in Consiglio e dire: noi da qui non ci possiamo muovere perché siamo vincolati da una decisione della nostra Corte costituzionale». Interessante è in tal senso il punto di vista offerto da W. STREECK, *Staatsbildung*, cit.; secondo l'accademico infatti il Governo federale potrebbe cogliere questa circostanza per giungere ad una modificazione costituzionale che riduca il potere del *BVerfG* rispetto all'Unione Europea e che, di rimando, potrebbe aumentare il peso dello stesso esecutivo tedesco nei confronti dei giudici di Karlsruhe. Streeck non manca però di sottolineare come, per fare ciò, sarebbe necessario avere un ampio consenso parlamentare che, vista anche la grande reputazione del *Bundesverfassungsgericht* presso la popolazione, sarebbe difficile riuscire a conseguire.

¹⁰³ Sono diversi gli Autori che sostengono come il *Bundesverfassungsgericht* risulti, nel valutare l'ammissibilità delle questioni di carattere europeo, molto meno stringente al confronto delle ponderazioni afferenti a materie unicamente riconducibili al diritto interno. Si veda, fra i vari: P. FARAGUNA, *Il “sospettoso”*, cit., 8.

sistema teutonico, non ha potuto che rafforzare¹⁰⁴.

La visione di Unione Europea restituita dalla Repubblica Federale dal momento della stipula del Trattato di Maastricht resta, ad ora, fortemente ancorata ad una dimensione tecnocratica, un'idea di Europa che ha permesso forme di solidarietà in ambito sociale (vedasi l'importante politica d'accoglienza dei richiedenti asilo attuata in seguito alla crisi siriana) ma che non ha concesso consistenti aperture nella sfera economica, avendo cura di scongiurare rischi di condivisione del debito o forme di integrazione fiscale. È stato peraltro autorevolmente affermato che questo sarebbe d'altronde l'approccio ideologico complessivo su cui l'UE era stata concepita al momento della stipula del Trattato di Maastricht, un soggetto che avrebbe dovuto evitare investiture di carattere politico per permettere la migliore espressione possibile del mercato: il *deficit* democratico sarebbe da considerare in quest'ottica come il programma originario dell'Unione, non quindi come un incidente di percorso bensì come una diretta conseguenza della scelta di perseguire la costituzione di un'organizzazione e non di un organismo¹⁰⁵.

Quanto attualmente in fase di negoziazione su base euro-unitaria, la creazione cioè del cd. *Recovery Fund*, sarebbe in tal senso un inedito di assoluto rilievo che avrebbe necessità di essere poi seguito da un ragionamento di ampio respiro che superi l'imminenza della crisi socio-sanitaria in corso, approdando ad una logica strutturale che possa correggere le storture derivanti da un assetto mal congeniato¹⁰⁶. Il modello economico assunto come riferimento dall'Eurozona ha infatti prodotto asimmetrie sempre più marcate scatenando quanto invece ci si prefiggeva di evitare, un aumento cioè esponenziale dei debiti pubblici ed un'asfittica crescita del PIL accompagnata da livelli di disoccupazione in taluni casi troppo elevati¹⁰⁷. Le decisioni poi assunte in seguito alla crisi del 2008 hanno avuto effetti pro-ciclici che avrebbero dovuto suggerire, ad un *establishment* tedesco convinto propugnatore di politiche di *austerity*, un nefasto parallelo storico che risiede nello sfortunato periodo della Repubblica di Weimar. Il contenimento dei bilanci pubblici, il taglio dei salari ed una politica monetaria unicamente focalizzata sul contenimento dell'inflazione, sono stati infatti gli strumenti utilizzati da Heinrich Brüning e dal suo Governo nel tentativo di risollevarne l'economia tedesca dalla grande crisi del '29 ed i risultati, come gli accadimenti successivi ci dovrebbero aver insegnato, sono stati decisamente negativi¹⁰⁸.

Quanto fatto dal cancelliere ebbe quantomeno il merito di portare ad una riduzione dei debiti di guerra accordata da Paesi che si rendevano conto della necessità di non lasciare soffocare l'economia della Germania, situazione che in questo frangente, nonostante le passività greche ammontassero ad una somma decisamente bassa rispetto al PIL europeo, non è stata presa in considerazione. Le

¹⁰⁴ Per una ricostruzione sul tema vedasi: A. BOLAFFI, *Cuore tedesco*, Donzelli, Roma, 2013.

¹⁰⁵ Netta sul tema la posizione di R. BIN, *Il processo costituente dell'Unione Europea*, in M. DOGLIANI - R. BIN - R. MARTINEZ DALMAU, *Il potere costituente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 53-83, il quale arriva a definire il *deficit* democratico dell'Unione Europea come la cambiale che garantirebbe le libertà del mercato. La distinzione fra organizzazione ed organismo è stata mutuata da uno scritto di Giuseppe Guarino (G. GUARINO, [Requiem per un'Europa mai nata](#), 2015, 343-344), saggio in cui viene definita la prima come un'entità assimilabile ad una macchina mentre, la seconda, ad un uomo. Secondo il punto di vista dell'ex-ministro, nella storia della Comunità (poi Unione) Europea vi sarebbero state cinque fratture: due avevano il fine di giungere alla creazione di un organismo e tre alla costituzione di un'organizzazione; nel contesto attuale, seguendo questa ricostruzione, sarebbero prevalse le tre spaccature indirizzate alla conservazione di una struttura simile ad una macchina e, dunque, pienamente tecnica e svincolata dalla politica.

¹⁰⁶ Per una coincidenza ai limiti del provvidenziale, nella complessa situazione che l'Unione sta affrontando, la presidenza di turno passa proprio alla Germania e tanto potrà essere fatto dalla Cancelleria e dai ministri tedeschi per delineare una nuova direzione per il progetto euro-unitario.

¹⁰⁷ Con riferimento al rapporto debito/PIL si prenda come riferimento un Paese come la Francia, esterno dunque ai celebri PIIGS, il quale ha visto il proprio valore salire da una cifra prossima al 60% (inizio anni 2000) ad una attuale che si avvicina al 100%. Sulla disoccupazione i dati divengono particolarmente allarmanti se presa in esame quella giovanile: in Grecia si assesta sul 35%, in Spagna sul 32% ed in Italia intorno al 29%. Dati OECD.

¹⁰⁸ Il Governo Brüning restò in carica dal marzo 1930 al maggio 1932 e gli effetti economici derivanti dalle politiche di austerità poste in essere portarono alla deflazione ed al crollo dei consumi, situazione che aggravò la già difficile condizione tedesca *post-1929* acuendo quel disagio sociale che, di lì a breve, sfociò nel successo elettorale del Partito Nazionalsocialista. In tal senso, v. A. BOLAFFI-P. CIOCCA, *Germania*, cit., 125-128.

istituzioni della Repubblica Federale dovrebbero inoltre accogliere le osservazioni afferenti al loro esorbitante *surplus* commerciale¹⁰⁹ e ragionare sulla possibilità che questo aspetto macro-economico, considerato a tutti gli effetti uno squilibrio da parte della Commissione Europea¹¹⁰, possa rappresentare un fattore critico per la sopravvivenza dell'Eurozona. La Germania, con una quota maggiore di investimenti pubblici, potrebbe rilanciare quella domanda interna che risulta da tempo sopita ed avviare un benefico effetto a catena che interesserebbe i Paesi ad essa vicini, portando ad una riduzione dei livelli di disoccupazione e ad un nuovo innalzamento dei salari (con una probabile risalita della stagnante inflazione). D'altronde, Federico Caffè aveva già nel 1975 messo in guardia rispetto al rischio di un'Europa strutturata sul modello economico tedesco¹¹¹ e non sorprende che l'operato di un suo allievo, l'ex presidente della BCE Mario Draghi, abbia rappresentato per le istituzioni teutoniche un fattore problematico che è stato avvertito in ambito politico e giudiziario.

La posizione assunta dal *Bundesverfassungsgericht* sul PSPP con la sentenza del 5 maggio va dunque allineata a *Maastricht-Urteil* e *Lissabon-Urteil* e, in tal senso, necessita di essere affrontata attraverso una fase di ripensamento dell'Unione Europea che agisca parallelamente su due piani, uno interno ed uno esterno alla Repubblica Federale: diviene dunque necessario riconoscere l'ineludibilità di una progressiva integrazione europea senza cui la stessa Germania rimarrebbe isolata rispetto alle grandi potenze internazionali e, al contempo, merita d'essere superato il "metodo Monnet" e la connessa funzionalizzazione, creando un soggetto capace di rappresentare in modo effettivo ed efficace un popolo europeo che ormai è divenuto impossibile non riconoscere¹¹². Ciò era quello che l'ex-ministro degli esteri tedesco Joschka Fischer auspicava in un suo discorso presso l'Università Humboldt di Berlino nel maggio 2000, discorso che Beniamino Olivi riportò nell'introduzione del suo libro comprendendo con anticipo i rischi sottesi ad un'Unione monetaria di cui all'epoca venivano poste in risalto le virtù¹¹³. L'aver lasciato sola la BCE nella gestione su base europea della crisi finanziaria è stato un errore di cui alcuni Stati membri hanno tristemente pagato le conseguenze e l'aver messo sotto accusa l'operato di Francoforte pur non essendo totalmente privo di basi normative, sicuramente non ne aveva di eguali di carattere politico: invero, nella condizione d'emergenza vissuta, la Banca Centrale era nell'obbligata condizione di agire, onde evitare di condurre verso il tracollo un progetto continentale ancora troppo "giovane"¹¹⁴. La necessità di un'accelerazione europeista diviene quindi sempre più fondamentale e l'onere dell'azione spetta soprattutto alla Germania, Paese che detiene finalmente l'opportunità di accantonare l'infausta definizione attribuitagli da Henry Kissinger: troppo grande per l'Europa e troppo piccola per il mondo¹¹⁵.

¹⁰⁹ Il sopracitato libro di Stiglitz dedica una sezione apposita alla bilancia dei pagamenti tedesca, analizzando le problematiche generate dai suoi squilibri, J. E. STIGLITZ, *L'Euro*, cit., 121-124.

¹¹⁰ La soglia massima tollerata dalla Commissione Europea per questo fattore è pari al 6% e, nel 2016 e nel 2017, la Germania sarebbe giunta addirittura oltre l'8% attestandosi poi su di un valore sempre superiore al 7%. Sul tema pone primaria rilevanza anche Stiglitz nel suo sopracitato libro J. E. STIGLITZ, *L'Euro*, cit., 121-124.

¹¹¹ «Non può che sfuggire, al di là della retorica delle parole e dei messaggi, che il futuro europeo, come configurato dalla prevaricante ed economicamente obsoleta visione teutonica, non corrisponda agli ideali che mossero la costruzione comunitaria»: così, F. CAFFÈ, *Dalla interdipendenza alla dipendenza?*, in *Il Messaggero*, 3 giugno 1975.

¹¹² Con riferimento a quanto invece sostenuto dal *BVerfG* all'interno della sentenza *Maastricht*.

¹¹³ Edizione del 2001. B. OLIVI, *L'Europa*, cit., pp.17-19.

¹¹⁴ Si veda, sul tema: E.C. RAFFIOTTA, *Il volto*, cit., 228.

¹¹⁵ Questa citazione viene richiamata dal germanista Angelo Bolaffi nel libro di A. BOLAFFI – P. CIOCCA, *Germania*, cit., 54.

Antonio Ruggeri

Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato

(nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*

Abstract: *The paper notes a recent decision of the Constitutional Court, n. 132 of 2020, which reproduces, albeit with more measured and cautious tones, the pattern already experimented in the well-known Cappato case*

Ancora una pronuncia, quella cui si indirizzano le notazioni che seguono “a prima lettura”, che riprende, con non secondari adattamenti, lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato: lo si fa, però, con maggiore accortezza ed un linguaggio più paludato, in seno ad un ragionamento corredato di opportuni richiami alla giurisprudenza europea ed internamente articolato e non scevro, per vero, di qualche oscillazione (forse, studiata...), sì da rendersi disponibile, in occasione della definizione del caso, ad ogni possibile esito in ragione del comportamento che nel frattempo terrà il legislatore, tanto dunque che quest’ultimo resti inerte quanto che faccia luogo ad una nuova disciplina della fattispecie (concernente la responsabilità penale del giornalista a mezzo stampa), per il modo con cui la stessa avrà bilanciato gli interessi in campo, tutti di primario rilievo costituzionale.

Il riferimento espressamente fatto nella decisione in commento alle due pronunzie su Cappato lascia intendere che, laddove la disciplina stessa non dovesse aversi, la Corte verosimilmente caducherà la normativa impugnata. Diversamente però da Cappato, in cui – come si ricorderà – plurime ed incisive erano le censure d’incostituzionalità alla normativa in vigore per carenza di norme costituzionalmente imposte, qui la Corte riconosce che la questione merita di essere attentamente riconsiderata da più angoli visuali ed avuto riguardo a tutte le posizioni soggettive in campo. Non trascura, tuttavia, di prefigurare un possibile esito dell’intervento ricostruttivo del legislatore, presentandolo ad ogni buon conto come “eventuale” e sostanzialmente circoscritto, sollecitato a sanzionare “con la pena detentiva le condotte che, tenuto conto del contesto nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d’odio”. Proprio questa, oggi raffigurata come una delle discipline possibili, potrebbe dunque porsi quale nuova disciplina aggiunta al dettato in vigore per il caso di totale inerzia.

Si vedrà.

La Corte tiene comunque a rimarcare in modo fermo e chiaro che il proprio ruolo è di rimessa, la precedenza dovendo essere accordata al legislatore sul quale grava giocare la prima mano della partita e, perciò, “la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell’attività giornalistica; e, dall’altro, di assicurare un’adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell’esercizio di tale attività”.

La replica dello schema Cappato non si spinge, dunque, fino in fondo, pur avendosene riscontro per taluni aspetti di non secondario rilievo. Così, per quanto concerne l’articolazione della pronuncia nella due parti del “ritenuto in fatto” e del “considerato in diritto”, che è (o, meglio, è ormai da dire, *dovrebbe*) considerarsi proprio delle sole sentenze, quale questa pure nella sostanza è, malgrado la sua struttura problematica ed aperta, che ospita affermazioni di principio, come la stessa – si vedrà a momenti – le qualifica. E così è per il rinvio della decisione di un anno (termine espressamente enunciato nel solo dispositivo) che – a quanto pare – promette di porsi quale un vero e proprio *standard* delle decisioni in parola.

* *Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.*

Si segnala, infine, la precisazione, che è nella chiusa della decisione, secondo cui i giudizi *a quibus* rimarranno nel frattempo sospesi (della qual cosa non credo che le stesse autorità remittenti avrebbero potuto dubitare), nel mentre per altri giudizi analoghi è fatta salva la valutazione dei giudici circa la opportunità di rivolgersi essi pure alla Corte, ove ritengano che si diano le condizioni di rilevanza e di non manifesta infondatezza “*alla luce dei principi sopra enunciati*”. Ed è evidente l’incoraggiamento in tal senso a mezza bocca indirizzato ai giudici stessi, seppur presentato in forma comunque rispettosa del ruolo istituzionale ad essi spettante.

Sta di fatto, al tirar delle somme, che alcune critiche, venute da più parti nei riguardi della inusuale tecnica decisoria inaugurata in [Cappato](#), potranno – a me pare – ugualmente ripetersi, per il caso di perdurante inerzia del legislatore, anche l’anno venturo, specificamente per il *punctum crucis* del rispetto della discrezionalità del legislatore stesso, anche stavolta “in prima battuta” fatta salva e motivata con la pendenza dell’esame in Parlamento di alcuni progetti di legge innovativi della disciplina in vigore, e verosimilmente superata in chiusura di partita, salvo ovviamente un sempre possibile secondo rinvio della decisione.

Paolo Zuddas
Pregiudizi digitali e principio di precauzione*

ABSTRACT: *The investigation examines the possibility of transposing the precautionary principle - in its various forms - from the original fields in which it developed, to the Artificial Intelligence sector. In particular, the principle will be applied to the complex problems posed by using machine learning systems to make decisions, faced with the risk that such tools produce selective decisions.*

The application of the precautionary principle to machine learning technologies can help answer questions such as: when it is advisable not to adopt artificial intelligence; when it is deemed possible to use it, within what limits and with how much caution; what are the responsibilities to be stressed in this area and on which subjects they fall.

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. I richiami al principio di precauzione nei principali atti normativi che disciplinano l’impiego dell’intelligenza artificiale. – 3. I molteplici significati del principio di precauzione e l’influenza che ciascuna declinazione del principio può dispiegare sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale. – 4. (Segue) Le due “varianti” essenziali del principio di precauzione e il loro potenziale impatto sui sistemi di intelligenza artificiale, alla luce dei criteri applicativi individuati dalla Commissione europea – 5. Note conclusive: l’intelligenza artificiale tra precauzione, prevenzione e innovazione.

1. Note introduttive

Uno dei rischi più rilevanti, legati al ricorso crescente all’intelligenza artificiale per assumere decisioni in grado di influenzare in modo significativo la vita individuale e collettiva, è rappresentato dalla possibilità che i *software* impiegati – segnatamente nell’ipotesi di utilizzo di sistemi di apprendimento automatico – formulino previsioni errate che penalizzino sistematicamente specifiche categorie di soggetti, generando decisioni discriminatorie. In particolare, le *AI-driven discriminations*, cioè le discriminazioni indotte dall’intelligenza artificiale, possono derivare dalla presenza di “pregiudizi”, in grado di influenzare la decisione formulata dal *software*, che possono originarsi in tre diversi momenti in cui si sviluppa il processo decisionale algoritmico. La decisione algoritmica, infatti, può risentire: in primo luogo, dei pregiudizi del programmatore (e dell’organizzazione in cui opera), il quale può “ordinare” al sistema di *machine learning* di dare rilievo, all’interno del set di dati di riferimento, a caratteri che identificano o rinviano ad una categoria protetta, a rischio di discriminazione; in secondo luogo, delle distorsioni presenti nel *data set* utilizzato per alimentare il sistema di apprendimento automatico, che possono riflettere, ad esempio, i pregiudizi di chi ha formulato le decisioni in base alle quali l’intelligenza artificiale “impara”, elaborando i conseguenti schemi decisionali; in terzo luogo, dei margini di autonomia tipici dei sistemi di *machine learning*. Tali sistemi, infatti, potrebbero individuare, all’interno del set di dati, caratteri ricorrenti che rinviano indirettamente a categorie protette, associando ai loro detentori un trattamento sfavorevole: in quest’ultimo caso i “pregiudizi” sarebbero frutto di un’elaborazione (parzialmente) autonoma del sistema informatico¹.

Tra i rimedi di norma suggeriti per far fronte ai rischi evocati, non è infrequente il richiamo – all’interno dei principali atti di *soft law* che rappresentano ad oggi il punto di riferimento fondamentale per la regolazione dell’uso di sistemi di AI nelle decisioni riguardanti persone – alla necessità di adottare adeguate misure precauzionali: si tratta, tuttavia, per lo più – come si illustrerà

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Su questi aspetti sia consentito di rinviare a P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in questa [Rivista](#), *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 16 marzo 2020.

nel dettaglio più avanti – di richiami generici, raramente accompagnati da specifiche indicazioni operative.

Muovendo quindi dall'esigenza di individuare con maggiore precisione l'insieme delle misure precauzionali potenzialmente attuabili, scopo dell'indagine che si condurrà nelle pagine seguenti sarà quello di trasporre il principio di precauzione, nelle diverse declinazioni in cui è stato formulato e applicato, dagli originari ambiti materiali nei quali ha trovato sviluppo – ambiente e salute, anzitutto, estendendosi poi a settori ulteriori, quali la sicurezza nel lavoro, la tutela dei consumatori, o le applicazioni biotecnologiche – alla tematica dell'intelligenza artificiale (e in particolare ai complessi problemi posti dal ricorso ai sistemi di *machine learning* per assumere decisioni), con specifico riguardo alle potenzialità discriminatorie proprie di tali strumenti. Si cercherà pertanto di valutare in quali termini il principio in esame può trovare applicazione nel settore delle tecnologie di apprendimento automatico e con quali effetti, verificando in particolare se esso sia in grado di offrire spunti utili a rispondere ad interrogativi quali: quando è consigliabile non ricorrere all'intelligenza artificiale; quando invece si ritiene possibile ricorrervi, ma entro quali limiti e con quali cautele; quali sono le responsabilità che vengono in rilievo in questo ambito e su quali soggetti ricadono.

2. I richiami al principio di precauzione nei principali atti normativi che disciplinano l'impiego dell'intelligenza artificiale

Il principio di precauzione, come è noto, nasce nel diritto internazionale, all'interno della disciplina in materia ambientale², ma assume progressivamente una portata più generale³; connotazione – che ha indotto taluni osservatori a postularne l'inclusione nel diritto internazionale

² In particolare, il principio viene delineato per la prima volta nella Carta mondiale della natura approvata dall'ONU nel 1982, in cui si afferma che «se i potenziali effetti avversi, non possono essere pienamente valutati, le attività [che comportano rischi significativi per la natura] non potranno essere realizzate» (par. 11b): una formulazione, dunque, che lo configura come rigido «principio-moratoria» (così D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale fra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, n. 2, 22). Viene poi riproposto nella Seconda conferenza internazionale per la protezione del mare del Nord del 1987 e poi nella Terza del 1990. Viene quindi riconfermato nella Convenzione quadro sui cambiamenti climatici – c.d. Dichiarazione di Rio – del 1992 (principio n. 15) e nella Convenzione sulla biodiversità dello stesso anno (frutto anch'essa della Conferenza sull'Ambiente e sullo Sviluppo delle Nazioni Unite, tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992), consolidandosi come principio qualificante il diritto internazionale dell'ambiente e trovando conferma nei principali atti negoziali successivamente adottati in materia.

La medesima “matrice ambientale” del principio si riscontra, peraltro, sia – come si dirà meglio *infra* – nel diritto comunitario e nell'ordinamento italiano, sia anche in altri ordinamenti europei, come quello tedesco e francese: in particolare, in Germania l'origine del principio è stata individuata nell'art. 20a della Legge fondamentale, laddove si assegna allo Stato la responsabilità di proteggere le basi naturali della vita e gli animali, nell'interesse delle generazioni future (cfr. sul punto G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, n. 3, 1077), mentre in Francia il principio precauzionale compare nel codice ambientale, dove è confluita la c.d. legge Barnier, n. 95-101 del 2 febbraio 1995 (in materia di rafforzamento della salvaguardia dell'ambiente), che l'ha introdotto per prima nell'ordinamento (cfr. *ivi*, 1079).

Segnatamente, nella Legge fondamentale tedesca emerge un nesso evidente con il principio di prevenzione, del quale – come si illustrerà meglio più avanti – il principio in esame rappresenta, per molti versi, un'evoluzione (l'introduzione del c.d. *Vorsorgeprinzip* – che postula la tutela dell'interesse delle generazioni future – nasce infatti dall'esigenza di elevare il livello di tutela offerta dal principio di prevenzione: cfr. in argomento S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (cur.), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, 151). Parimenti, nelle Costituzioni di Spagna, Grecia e Portogallo si richiama espressamente il solo principio di prevenzione, deducendosi da questo l'istanza precauzionale, intesa come rafforzamento della protezione (cfr. sul punto T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, n. 5, 1244; si v. in particolare le considerazioni in merito all'art. 45 della Costituzione spagnola, in cui il principio di prevenzione viene declinato con riferimento alla tutela dell'ambiente).

³ Cfr. in proposito S. GRASSI, *Prime osservazioni sul 'principio di precauzione' come norma di diritto positivo*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, n. 2, 50.

consuetudinario⁴ – confermata dalla disciplina europea⁵, all'interno della quale il principio precauzionale esibisce un carattere prevalentemente programmatico, che gli consente di operare sia in funzione ispiratrice della disciplina di dettaglio, sia in funzione interpretativa dei Trattati in vigore⁶: notevole, peraltro, è il rilievo detenuto all'interno dell'ordinamento dell'UE, nel quale il principio – introdotto dal Trattato di Maastricht attraverso l'inclusione nel Trattato istitutivo del nuovo art. 130 R⁷, in materia ambientale – trova poi attuazione in ambiti ulteriori, in quanto principio dell'ordinamento comunitario applicabile in via generale⁸. Anche nell'ordinamento italiano il principio di precauzione, pur essendo evocato espressamente soprattutto nella normativa in materia di tutela ambientale⁹, ha visto progressivamente estendersi il proprio ambito di applicazione: un percorso favorito anche dalla giurisprudenza sviluppata in argomento dalla Corte costituzionale, la quale, pur esprimendosi sull'istanza precauzionale in riferimento alla sua applicazione in settori specifici¹⁰, ha ragionato sulla natura del principio riguardato nei suoi termini più generali, offrendo spunti utili ad una sua estensione anche ad ambiti ulteriori a quelli originari¹¹.

⁴ Cfr. sul punto G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1077.

⁵ Si v. in proposito la *Comunicazione* della Commissione del 2 febbraio 2000, che, in linea con l'orientamento espresso sul punto dalla giurisprudenza comunitaria (v. *infra*, nota 8), ha definito il principio in oggetto (nella formulazione che compare – come si preciserà *infra* – nell'art. 174 del Trattato CE) un principio di diritto internazionale «di portata generale», suscettibile dunque di essere esteso a settori ulteriori rispetto a quello ambientale (cfr. par. 4; in merito all'ampiezza dell'ambito di applicazione del principio, v. anche le considerazioni svolte nel sommario, al punto n. 3).

In argomento cfr. S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione*, cit., 150 (che, tuttavia, segnalano anche la presenza di posizioni contrarie all'interno della letteratura internazionalistica in materia).

⁶ Cfr. sul punto T. MAROCCO, *Il principio di precauzione*, cit., 1236.

⁷ Poi transitato nell'art. 174 del Trattato CE ed ora nell'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

⁸ Cfr. in tema G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1078, S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 50 e S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione*, cit., 150. All'interno della copiosa giurisprudenza sul punto, si v., ad esempio, la sentenza sul caso “Artegodan” (Trib. CE, 26 novembre 2002, cause riunite T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00), nel quale si afferma che «nonostante sia menzionato nel Trattato solamente in relazione alla politica ambientale, il principio di precauzione ha [...] un ambito di applicazione più ampio. Esso è destinato ad applicarsi, al fine di assicurare un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza dei consumatori e dell'ambiente, in tutti gli ambiti di azione della Comunità [...]» (punto 183); «ne consegue che il principio di precauzione può essere definito come un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici. Infatti, essendo le istituzioni comunitarie responsabili, in tutti i loro ambiti d'azione, della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente, il principio di precauzione può essere considerato come un principio autonomo che discende dalle menzionate disposizioni del Trattato» (punto 184). Si v. anche la sentenza sul caso “Solvay” (Trib. CE, 21 ottobre 2003, T-392/02), in cui si ribadisce che «il principio di precauzione costituisce un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità interessate di adottare [...] provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici» (punto 121).

⁹ In particolare, la precauzione compare tra i principi generali del codice dell'ambiente: cfr. l'art. 3-*ter* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

¹⁰ Principalmente, oltre all'ambiente, il settore sanitario. In particolare, tra le pronunce che hanno originariamente contribuito a delineare il principio, si v., *ex multis*: la sentenza n. 185 del 1998, sul diritto a farmaci sperimentali, in relazione al c.d. caso Di Bella (cfr. in argomento P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, n. 3, 598 ss.); la sentenza n. 351 del 1999, sul trattamento dell'encefalopatia animale; la sentenza n. 382 del 1999, relativa alla fissazione, da parte della Regione Veneto, di limiti alla esposizione a campi elettromagnetici più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla legislazione statale (sull'elettrosmog, peraltro, si sono espressi ampiamente anche i giudici comuni: cfr. in argomento G.D. COMPORTI, *Amministrazioni e giudici sull'onda dell'elettrosmog*, in *Foro amm.*, 2001, 2455 ss.).

¹¹ V. sul punto – oltre alla succitata sentenza n. 185 del 1998, in cui si propone una lettura “inversa” del principio in oggetto (come sottolinea opportunamente P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche*, cit., 599, «il principio di precauzione viene qui fatto funzionare in modo esattamente rovesciato rispetto al comune sentire: non si vieta bensì s'impone l'estensione mirata di un trattamento della cui efficacia ancora non v'è certezza. In divenire, non si esclude comunque un più penetrante sindacato di legittimità allorché i riscontri scientifici fossero disponibili») – la sentenza n. 282 del

I “dati genetici” sinteticamente richiamati appaiono sufficienti a far emergere due elementi essenziali ai fini dell’applicazione del principio di precauzione all’ambito dell’intelligenza artificiale: la nascita all’interno del diritto internazionale ne marca una vocazione “globale”, utile per la regolamentazione soprattutto dei sistemi di apprendimento automatico che si alimentano dei *Big data* acquisiti dalla rete Internet, mentre la sua qualificazione come principio generale lo rende pienamente applicabile anche al di fuori degli ambiti nei quali è espressamente richiamato.

Una duplice “attitudine” che trova conferma nella frequente evocazione del principio precauzionale all’interno dei più rilevanti atti normativi – in prevalenza, come ricordato, di *soft law* – che disciplinano l’utilizzo dell’intelligenza artificiale. In questo ambito, vanno richiamate anzitutto le dichiarazioni di intenti di studiosi e operatori, relativi a singoli settori delle nuove tecnologie: in particolare, l’applicazione del principio in oggetto è stata invocata nel campo delle nanotecnologie¹², della telefonia mobile¹³ e in relazione all’inserimento di impianti ICT nel corpo umano¹⁴.

L’unico documento in materia che riveste una valenza più generale è la Dichiarazione di Asilomar del 2017, predisposta da accademici e rappresentanti delle più importanti multinazionali operanti nel campo dell’intelligenza artificiale (quali, ad esempio, *Facebook*, *Google* e *Tesla*)¹⁵: gli *Asilomar AI Principles*, pur non evocando esplicitamente il principio di precauzione, sollecitano

2002, in cui la Corte prende posizione contro l’eccesso di precauzione: in particolare, la sentenza 282/2002, nel mettere in guardia contro gli interventi limitativi del legislatore, delinea una «competenza costituzionalmente fondata dei medici, sulla base delle conoscenze scientifiche acquisite da istituzioni specializzate e nel rispetto delle regole di deontologia professionale», a svolgere attività curative, preventive e riabilitative (così G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D’ALOIA (cur.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 65), che individua uno spazio normativo scientificamente riservato all’autonomia e responsabilità del medico.

Volendo applicare il modello tratteggiato in questa pronuncia al settore informatico, potrebbe postularsi un analogo spazio normativo scientificamente riservato all’ingegnere informatico (e, segnatamente, al programmatore del *software*); senonché, le «regole di deontologia professionale» operanti in questo campo paiono, al momento, ancora troppo poco strutturate per offrire sufficienti garanzie (cfr. il *Codice etico-deontologico degli ingegneri robotici*, allegato alla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante *Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, 2015/2103(INL) e gli *Orientamenti etici per un’intelligenza artificiale affidabile* adottati dal Gruppo di esperti ad alto livello sull’intelligenza artificiale istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, nel testo reso pubblico l’8 aprile 2019, entrambi illustrati *infra*). E comunque, affidarsi alla sola autoregolamentazione, in una fase così delicata dello sviluppo informatico, considerate le tante incognite ancora presenti, sembra del tutto improprio; senza contare che l’evoluzione dei sistemi di *machine learning* prospetta scenari – invero assai poco rassicuranti – di macchine pensanti dotate di ampi margini di autonomia. Pertanto, affidare la delega del bilanciamento in concreto ai “tecnici” e non ai giudici, nel settore informatico, appare ad oggi una scelta che nasconde molte insidie.

Sembra invece pienamente applicabile al settore informatico il principio, anch’esso desumibile dalla pronuncia in commento, per cui il legislatore – sempre basandosi sullo stato delle conoscenze scientifiche – può comunque dettare regole dirette a «prescrivere procedure particolari per l’impiego di mezzi terapeutici “a rischio”» (sentenza n. 282 del 2002, punto 5 considerato in diritto); sul punto cfr. S. PENASA, il quale osserva che tanto maggiore è l’incertezza scientifica, tanto più ampio è lo spazio occupato dal legislatore, «operando l’incertezza medico-scientifica come “valvola di regolazione” del rapporto tra autonomia medico-scientifica ed eteronomia politico-legislativa» (*Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2015, n. 2, 318). Come si preciserà più avanti, infatti, il ricorso a procedure di gestione del rischio – sulla base di una interpretazione “debole” o “procedurale” del principio di precauzione – risulta una delle soluzioni più appropriate di fronte alle incognite poste dall’impiego di sistemi di intelligenza artificiale per assumere decisioni incidenti sulla sfera giuridica dei destinatari.

¹² Si segnala in proposito la proposta, formulata dall’*ETC Group (Action Group on Erosion, Technology and Concentration)*, di moratoria della ricerca nel campo delle nanotecnologie: cfr. *ETC Group*, in cui compaiono numerosi richiami al principio di precauzione (v. sul punto S. CLARKE, *Future technologies, dystopic futures and the precautionary principle*, in *Ethics and Information Technology*, 2005, 121).

¹³ Cfr. in argomento lo *Stewart Committee Report* del 2000 (sul quale S. CLARKE, *Future technologies*, cit., 122).

¹⁴ Cfr. la proposta avanzata in proposito dall’*European Group on Ethics* del 2005 (anche sul punto si rinvia a S. CLARKE, *Future technologies*, cit., 122).

¹⁵ Cfr. *Asilomar AI Principles*, adottati a conclusione della *Asilomar Conference on Beneficial AI* tenutasi in California dal 5 all’8 gennaio 2017.

l'introduzione di meccanismi procedurali di gestione del rischio e raccomandano un'evoluzione "controllata" dei sistemi di intelligenza artificiale¹⁶. In particolare, il documento indica – tra le finalità della ricerca da finanziare – l'aggiornamento della disciplina normativa in tema di gestione del rischio associato all'AI¹⁷ e – tra gli obiettivi a lungo termine – la predisposizione di rigorose misure di controllo e di sicurezza alle quali dovrebbero essere sottoposti i sistemi di AI a sviluppo autonomo ed autoreplicanti¹⁸.

Il principio di precauzione viene richiamato anche nei principali documenti europei che si occupano di nuove tecnologie. Un primo richiamo compare nella risoluzione del Parlamento europeo del 2017 che detta norme di diritto civile sulla robotica, in cui il principio viene evocato in due occasioni: con riferimento all'immissione sul mercato dei sistemi di AI e dei robot, da effettuarsi «dopo le opportune valutazioni della sicurezza e nel rispetto del principio di precauzione»¹⁹ (invitandosi a tal fine la Commissione e gli Stati membri ad incentivare la ricerca sui possibili rischi)²⁰; e con riferimento alla identificazione delle aree in cui testare i robot in condizioni reali (essenziali per operare una corretta valutazione dei rischi)²¹. Segnatamente, la risoluzione invita la Commissione a elaborare criteri uniformi valevoli in tutta l'Unione, che i singoli Stati membri dovrebbero utilizzare per identificare le aree in cui autorizzare gli esperimenti con robot, «nel rispetto del principio di precauzione»²². Inoltre, alla risoluzione è allegato un *Codice etico-deontologico degli ingegneri robotici*, che individua il principio di precauzione tra i principi qualificanti la ricerca nel campo della robotica, ribadendo la necessità di adottare le debite precauzioni «proporzionalmente al livello di protezione» (stabilito)²³; nel codice si ribadisce inoltre che il processo di valutazione dei rischi, su cui deve basarsi il funzionamento di un sistema robotico, «dovrebbe essere sempre improntato ai principi di proporzionalità e di precauzione»²⁴.

Alla risoluzione del 2017 ha fatto seguito un analogo atto di indirizzo adottato dal Parlamento europeo nel 2019, in tema di politica industriale sulla robotica e l'AI²⁵: anche la risoluzione del 2019 richiama espressamente il principio in esame con riferimento all'attività di ricerca sull'intelligenza artificiale, sottolineando che «la ricerca sull'IA e altre attività correlate dovrebbero

¹⁶ Interventi che possono considerarsi espressione del principio in oggetto, nella sua versione "debole", come si preciserà meglio *infra*, par. 4.

¹⁷ Cfr. il principio n. 2.

¹⁸ Cfr. il principio n. 22.

¹⁹ Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante *Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., punto 7.

²⁰ In particolare, la risoluzione invita la Commissione e gli Stati membri a «promuovere i programmi di ricerca, a incentivare la ricerca sui possibili rischi e sulle possibili opportunità a lungo termine dell'intelligenza artificiale e delle tecnologie robotiche e a promuovere quanto prima l'avvio di un dialogo pubblico strutturato sulle conseguenze dello sviluppo di tali tecnologie» (punto 7).

²¹ La risoluzione, peraltro, contiene numerose sollecitazioni a considerare attentamente i rischi legati all'uso di sistemi robotici: si v., ad esempio, il punto 10, nel quale si osserva che «le possibilità di realizzazione personale che derivano dall'uso della robotica sono relativizzate da un insieme di tensioni o rischi e dovrebbero essere valutate in modo serio dal punto di vista della sicurezza delle persone e della loro salute, della libertà, la vita privata, l'integrità, la dignità, dell'autodeterminazione e la non discriminazione nonché della protezione dei dati personali». In questa prospettiva, particolare attenzione viene dedicata all'utilizzo di robot all'interno dei luoghi di lavoro (mettendosi in evidenza, oltre alle «grandi potenzialità offerte dalla robotica per migliorare la sicurezza sul posto di lavoro mediante il trasferimento di alcuni compiti pericolosi e dannosi dagli esseri umani ai robot», anche la possibilità che l'impiego di tali tecnologie crei «anche una serie di nuovi rischi, dovuti al numero crescente di interazioni fra esseri umani e robot sul luogo di lavoro»: punto 46) e all'impiego delle tecnologie robotiche per compiere interventi riparativi e migliorativi del corpo umano (sottolineandosi i «rischi correlati alla possibilità di *hacking*, disattivazione o cancellazione della memoria dei CPS integrati nel corpo umano, dato che possono mettere in pericolo la salute o, in casi estremi, anche la vita umana»: punto 39).

²² Ivi, punto 23.

²³ E comunque «incoraggiando allo stesso tempo il progresso a vantaggio della società e dell'ambiente»: *Codice etico-deontologico degli ingegneri robotici*, par. "Precauzione".

²⁴ Ivi, par. "Massimizzare i vantaggi e ridurre al minimo il danno".

²⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su *una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale*, 2018/2088(INI).

essere condotte nel rispetto del principio di precauzione e dei diritti fondamentali» e ribadendo inoltre che «tutti i soggetti coinvolti nello sviluppo, nell’attuazione, nella diffusione e nell’utilizzo dell’AI dovrebbero [...] anticipare le potenziali conseguenze sulla sicurezza e prendere le dovute precauzioni, in proporzione al livello di protezione, compresa la tempestiva divulgazione di fattori che potrebbero mettere a rischio i cittadini e l’ambiente»²⁶. In particolare, l’analisi dei rischi (sulla base dei quali calibrare lo sviluppo potenziale della tecnologia) dovrebbe essere affidata ad una futura Agenzia europea di regolamentazione per l’AI (di cui il Parlamento europeo sollecita la costituzione), incaricata, tra l’altro, di «elaborare una matrice di valutazione del rischio in grado di classificare i tipi di algoritmo e i campi di applicazione in funzione della loro capacità di produrre potenzialmente un impatto negativo significativo sui cittadini»²⁷ (indagine verosimilmente operabile anche al fine di valutare possibili rischi ignoti, in coerenza con il modello applicativo del principio di precauzione)²⁸. Utili indicazioni vengono altresì offerte in merito alla soglia di rischio accettabile, che viene correlato a quello riscontrato nella vita normale²⁹. Infine, compare un richiamo – estremamente significativo ai fini della nostra indagine – al tema dei *bias*, che vengono espressamente inclusi tra i rischi valutabili in sede di applicazione del principio di precauzione: il parlamento, infatti, «invita la Commissione, gli Stati membri e le autorità di protezione dei dati ad adottare tutte le misure per prevenire o ridurre al minimo le *discriminazioni* e le *distorsioni algoritmiche*»³⁰.

Sorprende invece l’assenza di una menzione esplicita del principio in oggetto all’interno degli *Orientamenti etici per una IA affidabile*, predisposti dalla Commissione europea nel 2018, che rappresenta per molti aspetti un punto di riferimento essenziale per il futuro sviluppo delle tecnologie di intelligenza artificiale: nel documento, infatti, sono frequentissimi i richiami espressi al principio di prevenzione³¹, operati in relazione a rischi noti e alla loro valutazione, mentre il principio precauzionale viene evocato solo in via indiretta, laddove si fa riferimento alla gestione dei rischi ignoti. Tuttavia, i riferimenti impliciti al principio in oggetto sono diversi e significativi: in particolare, compare un accenno alla necessità di valutare i rischi connessi all’AI in relazione ad effetti negativi «anche *difficili da prevedere, individuare, o misurare*», sottolineando che occorre, «se necessario, adottare provvedimenti adeguati ad attenuare tali rischi, in modo proporzionato alla loro portata»³². Si aggiunge inoltre che vanno ridotti al minimo «i danni non intenzionali e *imprevisti*»³³; si ipotizza, infine, l’emergere, nel lungo termine, di «gravi preoccupazioni», le quali, secondo «l’approccio basato sul rischio», dovrebbero «essere tenute in considerazione alla luce di eventuali *incognite* sconosciute dei cosiddetti “cigni neri”». Di fronte a scenari così allarmanti, tuttavia, la risposta appare sostanzialmente debole: pur riconoscendosi infatti «la natura dirompente

²⁶ Così il par. 19. Si noti in particolare come il principio di precauzione si presenti, in questo caso, nella forma della “anticipazione preventiva” (cfr. lo schema interpretativo proposto *infra*, par. 3), richiamandosi, peraltro, due criteri applicativi del principio stabiliti dall’UE: il livello di protezione (adeguato) e gli obblighi informativi.

²⁷ Così il par. 187.

²⁸ Anche sul punto si rinvia ad *infra*, par. 3.

²⁹ Cfr. in proposito il par. 24, nel quale si precisa che, se i rischi sono inevitabili e fanno parte integrante della ricerca sull’IA, occorre sviluppare solidi protocolli di valutazione e gestione dei rischi, tenendo conto che il rischio di danno non dovrebbe essere superiore a quello riscontrato nella vita normale.

³⁰ Così il par. 157; corsivi aggiunti.

³¹ Il principio di «prevenzione dei danni» viene individuato come uno dei principi etici fondamentali (v. pag. 9 e punto 48), soprattutto in relazione ai potenziali danni a carico dei soggetti deboli, a rischio di discriminazione (punto 51) e viene evocato espressamente con riferimento, in particolare: al principio di robustezza dell’IA (consistente nella capacità di prevenire effetti indesiderati e che non causino danni involontari) (punto 27), alla riservatezza dei dati (punto 71), alla sostenibilità ecologica (punto 83) e alla riproducibilità dell’AI (punto 70).

³² Così il punto 15; corsivi aggiunti. Si noti il richiamo al principio di proporzionalità, che – come sarà precisato meglio *infra* – rappresenta uno dei criteri applicativi del principio di precauzione nella versione “debole” accolta all’interno della disciplina europea. In proposito si v. anche i punti 10 e 43, in cui si ribadisce che i rischi devono essere «gestiti in modo appropriato e vanno previsti e minimizzati».

³³ Così il punto 66 (corsivo aggiunto), parimenti in linea con la versione “debole” del principio in esame.

di tali preoccupazioni, assieme all'attuale *incertezza* sui relativi sviluppi», si ritiene infatti che essa imponga (solo) una «valutazione regolare di questi temi»³⁴.

Eguale, va rilevata l'assenza di riferimenti espliciti al principio di precauzione all'interno dei principali documenti in materia di AI adottati da istituzioni pubbliche italiane: nessun richiamo compare nel *Libro Bianco sull'AI al servizio del cittadino* predisposto dall'AgID nel marzo del 2018³⁵ (che non menziona espressamente neanche il principio, in certa misura contiguo, di prevenzione); nessun richiamo, parimenti, è presente nel documento che illustra la *Strategia nazionale per l'IA*, approvato dal Ministero per lo Sviluppo Economico nel luglio del 2019³⁶, a parte un genericissimo riferimento allo «sviluppo sostenibile» (nozione ampia, che può includere, nella sua interpretazione più estesa, la necessità di considerare e gestire, nella progettazione dello sviluppo economico, anche i rischi ignoti) come prospettiva dalla quale valutare l'uso dei sistemi di IA³⁷.

Tuttavia, al di là dei rinvii indiretti, anche quando – negli atti richiamati – il principio di precauzione viene espressamente evocato, esso appare sempre configurato come principio di diritto³⁸ dotato di un ampio tasso di “vaghezza”³⁹; o come un valore, che indica essenzialmente un fine, senza una compiuta individuazione dei mezzi per conseguirlo. Una tendenziale genericità che riflette peraltro il tratto genetico del principio precauzionale, che nasce vago e si mantiene «perplesso»⁴⁰ e sostanzialmente privo di un'univoca definizione⁴¹.

3. I molteplici significati del principio di precauzione e l'influenza che ciascuna declinazione del principio può dispiegare sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale

³⁴ Così il punto 135; corsivi aggiunti.

³⁵ Cfr. *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino*, a cura della Task force sull'Intelligenza Artificiale dell'Agenzia per l'Italia Digitale, Versione 1.0 marzo 2018.

³⁶ Cfr. *Strategia Nazionale per l'Intelligenza Artificiale*, bozza per la consultazione pubblicata dal Ministero per lo Sviluppo Economico in data 31 luglio 2019.

³⁷ Cfr. p. 4 (par. “*Visioni e obiettivi*”).

Nel documento predisposto dal MISE compare invece un richiamo al principio di prevenzione: vi si ribadisce infatti la «ferma volontà del Governo di prevenire ogni forma di IA che possa inasprire le ineguaglianze sociali» e, a tal fine, si manifesta l'intento di promuovere «forme di certificazione che consentano di verificare il pieno allineamento dei sistemi di IA con i principi di affidabilità sanciti dalle linee guida europee per un'IA etica» (p. 6, par. 6: un richiamo, quest'ultimo, che consentirebbe di far valere le istanze, latamente collegate al principio di precauzione, contenute nel documento europeo).

³⁸ Così G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1097. Una connotazione, peraltro, che rappresenta il carattere tipico delle “algo-regole”: come osserva in proposito A. CELOTTO, «dal punto di vista contenutistico non abbiamo norme puntuali e precettive, ma piuttosto principi che si richiamano ai valori di fondo. Sono formulati principi generali di equità, dignità, giustizia, al fine di tutelare anche rispetto alle nuove tecnologie il rispetto delle libertà e dei principali diritti individuali e collettivi. Più nello specifico, tali principi tendono a indirizzare anche in chiave etica alcuni problemi sollevati dal funzionamento dell'Intelligenza Artificiale, vale a dire quelli della qualità e della neutralità dei dati, della responsabilità di chi utilizza gli algoritmi, della trasparenza e dell'apertura di questi ultimi, nonché della tutela della privacy. L'obiettivo è mostrare come un uso scorretto delle tecnologie a nostra disposizione possa contribuire allo sviluppo di una società più ingiusta che alimenta le disuguaglianze, mentre la consapevolezza dei rischi che si corrono nell'affidarsi alle macchine «intelligenti», può aiutarci a minimizzare questi ultimi e a progettare un mondo migliore.

In buona sostanza, queste Carte sui fenomeni degli algoritmi non pongono vere e proprie norme, ma piuttosto principi, anche con un buon grado di vaghezza, cioè di elasticità, che sta a mostrare non tanto l'esigenza di porre regole aperte, quanto piuttosto il grado ancora acerbo di regolazione giuridica di questi fenomeni, anche perché del tutto nuovi per il giurista e per gran parte ancora sconosciuti» (*Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *An. giur. ec.*, 2019, n. 1, 57).

³⁹ Per riprendere l'espressione suggerita da CELOTTO (*supra*, nota precedente).

⁴⁰ Così G. MANFREDI, il quale osserva che «a tutt'oggi si ritiene che il principio di precauzione sia connotato da una grave perplessità» (*Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1088).

⁴¹ In tema v. D. BODANSKY, *Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle*, in *Environment*, 1991, n. 7, 4 ss.

Come dianzi accennato, il principio di precauzione difetta di una precisa definizione, che non viene offerta né dalle norme di diritto internazionale che lo richiamano, né da quelle del diritto dell'UE⁴²: emerge certo un tratto caratterizzante, che rinvia ad un generale principio di cautela⁴³ ed alla connessa esigenza di regolazione del rischio⁴⁴. Ma la sua concreta fisionomia disegna un principio multidimensionale⁴⁵, declinabile in una molteplicità di significati, ognuno dei quali riflette un diverso atteggiamento verso l'innovazione scientifica e tecnologica⁴⁶. Tra questi diversi significati, frutto anche dell'applicazione del principio ad ambiti ulteriori a quelli in cui ha trovato originaria applicazione, possono sinteticamente individuarsi⁴⁷: la promozione dei diritti naturali intrinseci, la salvaguardia degli ecosistemi, l'anticipazione preventiva, la proporzionalità della risposta (o efficacia rispetto ai costi dei margini di errore), l'inversione dell'onere della prova, l'obbligo di pagare il debito (ecologico) causato nel passato.

Le prime due declinazioni del principio risentono di un più intenso legame con le tematiche ambientali che ne hanno rappresentato la matrice originaria e paiono dunque difficilmente applicabili all'impiego di sistemi di intelligenza artificiale per trattare informazioni costituite in prevalenza da dati personali. In particolare, la promozione dei diritti «naturali» intrinseci fa riferimento specificamente ai «diritti della natura» e si presenta direttamente correlata alla nozione legale di danno ambientale⁴⁸. Parimenti, la finalità della massima «salvaguardia degli ecosistemi» rappresenta una declinazione utile per definire il possibile livello di tutela e, in certo senso, la possibile «intensità» che può assumere il principio di precauzione: essendo infatti fondata sulla «consapevolezza che in alcuni casi non possono essere accettati [...] margini di tolleranza»⁴⁹, la declinazione in esame tende a dispiegare un effetto di totale preclusione delle attività a rischio; anche in questo caso, tuttavia, il valore tutelato è rappresentato principalmente dall'ambiente e dalla salute.

Una declinazione, invece, estremamente utile ai nostri fini è quella che configura il principio di precauzione come «anticipazione preventiva». La formula – che non a caso fa emergere la marcata contiguità con il principio di prevenzione – si riferisce ad un'applicazione del principio precauzionale che impone di anticipare il momento in cui opera la preclusione dell'attività a rischio «rispetto alla prova scientifica dell'evidenza del bisogno di intervenire»⁵⁰: si anticipano, in sostanza, le misure cautelative «al momento in cui le conoscenze scientifiche non sono ancora certe»⁵¹. Un chiaro esempio della declinazione proposta si rinviene nella Dichiarazione di Rio del 1992, che, al principio n. 15, afferma che «in presenza del rischio di danni gravi o irreversibili, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve costituire il pretesto per rimandare l'adozione di misure

⁴² Cfr. in argomento T. MAROCCO, *Il principio di precauzione*, cit., 1237. Qualche elemento, come pure si è evidenziato *supra*, emerge dagli atti di *soft law* in materia di intelligenza artificiale che lo richiamano, ma si tratta di indicazioni non univoche.

⁴³ Cfr. G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1075.

⁴⁴ Esigenza, peraltro – come rilevato da M. GRAZIADEI, *La regolazione del rischio e il principio di precauzione: Stati Uniti ed Europa a confronto*, in *Sist. intell.*, 2017, n. 2, 499 – che intercetta una delle funzioni fondamentali del diritto.

⁴⁵ Sulla multidimensionalità del principio v. meglio *infra*, nota 76.

⁴⁶ Cfr. sul tema G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1076 e 1090.

⁴⁷ Eucleati in origine S.B. CHRISTIANSENS, *The precautionary principle in Germany: enabling government*, in T. O'RIORDAN, J. CAMERON (curr.), *Interpreting the precautionary principle*, London, 1994 e poi discussi da altri Studiosi, tra cui S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 45 ss. e G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1076 ss.).

⁴⁸ Così S. GRASSI (*Prime osservazioni*, cit., 46), il quale osserva in proposito che «la promozione di diritti naturali intrinseci [allarga] la nozione legale di danno ambientale, per includere l'esigenza di consentire ai processi naturali di svolgere le loro funzioni, in modo tale da mantenere il supporto essenziale per la vita della terra (secondo una concezione che dà prevalenza alla scelta etica che si riconduce al riconoscimento dei c.d. «diritti della natura»)».

⁴⁹ Così S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 45.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Così T. MAROCCO, *Il principio di precauzione*, cit., 1233.

adeguate ed efficaci, anche in rapporto ai costi, volte a prevenire il degrado ambientale»: la formulazione richiamata viene considerata da diversi osservatori⁵² rivelatrice dell'essenza del principio di precauzione, almeno colto nella sua connotazione originaria come espressione del modello "anticipatorio" nella gestione delle azioni in materia ambientale⁵³. In questa prospettiva, il principio di precauzione rappresenterebbe, in certo senso, un rafforzamento del principio di prevenzione, imponendo l'attivazione di cautele anche in situazioni di incertezza in cui è solo ipotizzabile un rischio di lesione⁵⁴.

L'applicazione del principio di precauzione così configurato all'uso di sistemi di intelligenza artificiale che presentano il rischio di produrre effetti discriminatori – rispetto al cui impiego è, per l'appunto, solo ipotizzabile il rischio di *bias* – deve tuttavia tener conto che la finalità che anima l'anticipazione preventiva è quella di anticipare gli interventi cautelativi (e dunque, in certa misura, preclusivi o limitativi) di fronte ad un possibile danno *irreparabile*, come quelli sovente causati all'ambiente o alla salute⁵⁵: da qui il riferimento, valido soprattutto per il danno irreversibile all'ambiente, alle generazioni future⁵⁶. Nell'ipotesi in cui il bene da proteggere sia il principio di non discriminazione, varrà allora la pena di chiedersi se possa individuarsi un danno totalmente irreparabile e se assumano rilievo, in questo caso, i diritti delle generazioni future: in proposito, vanno sottolineati i pericoli derivanti dall'impiego di sistemi di *machine learning* in grado di dar vita autonomamente a nuove categorie di soggetti discriminati, sottoponendoli ad un trattamento deteriore che rischia – nell'ipotesi in cui tale discriminazione non venga rilevata tempestivamente, mettendo rapidamente in atto le necessarie misure di contrasto e di compensazione – di consolidarsi nel tempo, provocando pertanto danni potenzialmente irreversibili. Un'irreparabilità, dunque, che in questo frangente si presenta legata alla possibilità che l'effetto dannoso – di per sé astrattamente riparabile – non venga rilevato, o venga rilevato in un momento in cui gli interventi non sono più in grado di rimuovere tutte le conseguenze sfavorevoli.

Un'ulteriore declinazione del principio di precauzione estremamente utile ai fini della presente indagine è quella che *limita* l'effetto delle misure impeditive di attività che comportano rischi imprevedibili, richiedendo una risposta proporzionata e imponendo, di conseguenza, di contemperare l'efficacia della misura preclusiva con i costi dei margini di errore: questa versione del principio di precauzione, che prescrive in sostanza che la restrizione non sia eccessivamente

⁵² V. per tutti N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes juridiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, 1999, 39 ss.

⁵³ V. in proposito anche S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 43, il quale fa notare che la denominazione del principio in oggetto, nell'ordinamento tedesco, come *Vorsorgeprinzip* (composto da *vor*, che significa "prima di", e da *sorge*, che significa "timore") reca in sé l'idea di una «anticipazione».

⁵⁴ Cfr. in proposito S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione*, cit., 152.

Vi è tuttavia chi lo interpreta – propendendo, al contrario, per una lettura del principio, secondo quanto verrà meglio precisato *infra*, par. 4, in senso "debole" (e intendendo in senso "forte" solo formule come, ad esempio, la moratoria indiscriminata prevista dalla succitata Carta dell'ONU sulla natura del 1982) – come norma procedurale di gestione del rischio incerto: così ad esempio, D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale*, cit., 23, il quale deduce dalla formula della Dichiarazione di Rio la necessità di individuare un «percorso, anche procedurale, che devono seguire i pubblici poteri nelle situazioni di incertezza; innanzi tutto la rilevazione del rischio [...], poi una sua analisi, ed infine la decisione sulle misure da adottare, che potrà anche prescindere dal raggiungimento di una certezza scientifica in merito alla quantificazione dei danni potenziali. Si avvia in tal modo la prefigurazione di regole generali per la "gestione" di rischi potenziali o incerti».

⁵⁵ In proposito si v. ad esempio la sentenza della Corte di Giustizia del 5 maggio 1998, causa C-180/96 (sulle misure di emergenza per fronteggiare l'encefalopatia spongiforme), che individua tra i criteri guida della decisione – oltre alla verifica dell'incertezza scientifica sul rischio, dell'adeguatezza e della proporzionalità della misura preclusiva – la valutazione della irreparabilità del danno ipotizzato (cfr. sul punto S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione*, cit., 168).

⁵⁶ Sul tema cfr., *ex multis*, S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 52 e S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione*, cit., 153 ss.

costosa⁵⁷, non comporta un divieto assoluto di svolgere attività rischiose, ma richiede il compimento di una valutazione di costi e benefici dell'intervento limitativo⁵⁸.

In particolare, nell'ipotesi di applicazione dello schema dianzi tracciato all'AI potenzialmente discriminatoria, il rapporto costi-benefici vede contrapposti i vantaggi derivanti dall'adozione delle misure preclusive dell'impiego della tecnologia algoritmica – in grado di mettere al riparo dai rischi di *AI-driven discriminations* – ai costi conseguenti alla rinuncia ad utilizzare gli algoritmi nelle procedure decisionali, consistenti principalmente nella riduzione dell'efficienza e della rapidità della decisione⁵⁹. Tra l'altro, in ordine ai costi dei margini di errore, vale precisare che il rischio che l'algoritmo produca decisioni discriminatorie va comparato con il rischio che la discriminazione sia operata dall'essere umano: tale valutazione consente di collegare la soglia di rischio al c.d. «danno accettabile», che è tale se è pari ai rischi che si corrono nella «vita normale»⁶⁰. Da questo punto di vista, non può affermarsi a priori che le macchine siano più – o meno – “inclinati a discriminare” rispetto a quanto lo siano gli uomini⁶¹: in questa prospettiva, potrebbe al limite sostenersi che, laddove i sistemi di apprendimento automatico creassero autonomamente – e in maniera sostanzialmente inconsapevole – nuove categorie di soggetti discriminati, probabilmente produrrebbero danni maggiori rispetto a quelli causati dall'essere umano, se non altro perché, in questo caso, potrebbe risultare estremamente complicato (e talvolta impossibile) rilevare le cause – e, in certo senso, le “ragioni” – del trattamento differenziato.

All'interno della valutazione costi-benefici, un rilevante fattore di riduzione del rischio legato all'impegno di sistemi di intelligenza artificiale è rappresentato dalle limitazioni imposte alla “significatività” del ruolo svolto dall'algoritmo nella decisione, limitazioni che si sostanziano di norma in interventi mirati a ridurre l'influenza dispiegata sulla decisione finale dall'elaborazione dei dati realizzata dal *software*, o dalle soluzioni eventualmente suggerite dal sistema informatico⁶²: la presenza di un controllo umano sulla decisione finale, infatti – come peraltro espressamente stabilito dall'art. 22 del Regolamento UE 2016/679⁶³ e ribadito da alcuni tra i più rilevanti

⁵⁷ Così S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 45, osservando, con riferimento ai costi dei possibili margini di errore non prevedibili, che si inserisce «la considerazione dell'ignoranza nell'analisi costi/benefici» (*ibidem*).

⁵⁸ Un esempio concreto di declinazione del principio di precauzione che include un'analisi costi-benefici è contenuto nella Convenzione quadro sul cambiamento climatico del 1992, il cui art. 3, par. 3, riprende sostanzialmente il contenuto della Dichiarazione di Rio (stabilendo che «le Parti devono adottare misure precauzionali per rilevare in anticipo, prevenire o ridurre al minimo le cause dei cambiamenti climatici e per mitigarne gli effetti negativi» e che «qualora esistano rischi di danni gravi o irreversibili, la mancanza di un'assoluta certezza scientifica non deve essere addotta come pretesto per rinviare l'adozione di tali misure»), ma precisando che ciò deve avvenire «tenendo presente che le politiche e i provvedimenti necessari per far fronte ai cambiamenti climatici devono essere il più possibili efficaci in rapporto ai costi, in modo da garantire vantaggi mondiali al più basso costo possibile».

Un esempio analogo è presente all'interno del Codice ambientale francese del 2000, che consente il ricorso al principio di precauzione a condizione che comporti «costi economicamente accettabili» (cfr. sul tema D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale*, cit., 29).

⁵⁹ I costi della rinuncia, peraltro, potrebbero rivelarsi assai più elevati laddove si considerasse – estendendo lo sguardo al di là della singola procedura decisionale – che «l'innovazione tecnologica, se attentamente monitorata, può apportare immensi benefici sociali, creando le premesse per una società più aperta e inclusiva» (così G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, n. 2, 234).

⁶⁰ Cfr. in argomento la Risoluzione del Parlamento europeo del 2019 sulla robotica, cit., punto 24, e il Codice etico-deontologico degli ingegneri robotici, allegato alla precedente risoluzione del 2017, cit., par. “*Massimizzare i rischi e ridurre al minimo il danno*”.

⁶¹ Cfr. sul punto F.Z. BORGESIU, *Discrimination, Artificial Intelligence and Algorithmic Decision-Making*, Council of Europe, Strasbourg, 2018, 18.

⁶² Anche sul punto cfr., volendo, P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, cit., 15 ss.

⁶³ L'art. 22, primo par., del [Regolamento \(UE\) 2016/679](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati - GDPR), nell'ipotesi in cui si effettui un trattamento automatizzato di dati personali, vieta decisioni totalmente affidate al *software*. In particolare, è stabilito che «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o

documenti di *soft law* in materia di intelligenza artificiale⁶⁴ – dovrebbe consentire di verificare la neutralità del risultato e correggere le eventuali distorsioni, operando a pieno titolo come misura precauzionale nel senso qui indicato.

Permangono tuttavia margini di incertezza sull'effettiva possibilità che la supervisione umana sia sempre in grado di far emergere la presenza di effetti distorsivi, che risultano difficilmente riconoscibili nell'ipotesi in cui un sistema di apprendimento automatico dia origine a *proxy discriminations*⁶⁵.

Spunti egualmente utili a tracciare un quadro delle possibili applicazioni del principio di precauzione ai sistemi di AI potenzialmente discriminatori derivano dalla configurazione del principio in esame come «dovere di cautela» o «inversione dell'onere della prova» a carico di coloro che producono i cambiamenti (o, nel nostro caso, che propongono l'introduzione della tecnologia informatica)⁶⁶: l'applicazione del principio di precauzione così declinato individuerrebbe una precisa responsabilità in capo al soggetto fornitore del *software* (in ipotesi il proprietario o il programmatore), chiamato a dimostrare che l'algoritmo non produrrà effetti distorsivi o che comunque il margine di errore si manterrà entro una soglia di tollerabilità. Una responsabilità certamente gravosa⁶⁷, ma in grado di superare in parte il “diaframma” rappresentato dalla normativa sulle opere di ingegno e il segreto industriale, dietro al quale di celano le società private, che impedisce sovente di assicurare la piena trasparenza in ordine al funzionamento degli algoritmi⁶⁸. Inoltre – considerato che, nel caso in cui si ricorra a sistemi di apprendimento automatico, una garanzia sull'assenza di *bias* può essere offerta solo se si è in grado di prevedere come il *machine learning* si evolverà – l'applicazione del principio di precauzione così configurato potrebbe stimolare un maggiore controllo sull'evoluzione autonoma dell'algoritmo, incrementando il livello di sicurezza delle nuove tecnologie informatiche.

Un'ultima possibile declinazione del principio di precauzione, in grado di offrire qualche spunto ulteriore ai fini di un'applicazione all'ambito informatico, è rappresentata dall'obbligo di pagare il debito ecologico causato nel passato. Tale obbligo, di norma riassunto nella formula “chi inquina paga”, prefigura un intervento riparatorio *ex post* sui danni ambientali, che rende in realtà controversa la sua ascrivibilità al novero delle misure precauzionali⁶⁹. Ciò non di meno, il principio potrebbe rivelarsi utilmente applicabile all'ipotesi di utilizzo di sistemi di AI potenzialmente discriminatori se declinato come obbligo di pagare il debito *sociale* conseguente alle discriminazioni operate dall'algoritmo: una procedura adottabile, tuttavia, a condizione che sia

che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» (cfr. anche il successivo par. 2, che individua i casi in cui il trattamento automatizzato integrale dei dati personali è consentito).

Tuttavia, va segnalato che la profilazione può essere effettuata anche attraverso il ricorso ad un trattamento dei dati personali solo *parzialmente* automatizzato (cfr. sul punto G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 206).

⁶⁴ Così, ad esempio, la Dichiarazione di Asilomar (*Asilomar AI Principles*, cit.), stabilisce, al principio n. 16 (*controllo umano*), che «gli uomini devono scegliere *come e se* delegare decisioni ai sistemi di intelligenza artificiale»; e il documento UE per un'AI affidabile (*Orientamenti etici per un'Ai affidabile*, cit.) individua, tra i requisiti necessari per garantire l'affidabilità dei sistemi di intelligenza artificiale, «l'intervento e la sorveglianza umana» (p. 2).

⁶⁵ Le *proxy discriminations* rappresentano una forma di discriminazione “indiretta”, basata sulla individuazione di caratteri distintivi (in base ai quali operare un trattamento differenziato) che, pur formalmente “neutri”, di norma ricorrono con particolare frequenza nelle categorie protette (in argomento, con specifico riferimento alle *proxy discriminations* originate dai sistemi informatici, cfr., *ex multis*, A. PRINCE, D.B. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 5 agosto 2019).

⁶⁶ Cfr. in argomento S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 45.

⁶⁷ Dimostrare in anticipo che l'algoritmo non genererà effetti discriminatori, stanti le difficoltà nel prevedere compiutamente le conseguenze applicative dei sistemi di apprendimento automatico, costituisce per molti versi una *probatio diabolica* (sulle difficoltà connesse all'assolvimento degli obblighi informativi imposti dall'inversione dell'onere della prova v. G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1093).

⁶⁸ Cfr. sul tema A. VENANZONI, *La valle del perturbante: il costituzionalismo alla prova delle intelligenze artificiali e della robotica*, in *Pol. dir.*, 2019, n. 2, 238.

⁶⁹ In proposito si v., ad esempio, N. DE SADELEER (*Les principes du pollueur-payeur*, cit.), che riconduce il principio “chi inquina paga” al modello curativo di azione ambientale, distinto da quello preventivo e anticipatorio, in cui si collocherebbe il principio di precauzione.

possibile verificare *ex post* la correttezza delle previsioni elaborate dal *software*⁷⁰. Qualora sia possibile operare una valutazione del genere, il principio consentirebbe di applicare il modello civilistico del risarcimento del danno ingiusto. In proposito, indicazioni utili ad affrontare la complessa problematica legata alla responsabilità civile per l'uso delle nuove tecnologie sono offerte dalla succitata Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica⁷¹: il documento – nel delineare gli scenari possibili di un futuro “diritto robotico” (che prefigurano, tra l'altro, l'obbligo di registrazione dei robot, l'assicurazione obbligatoria e la costituzione di un fondo di garanzia per i robot non assicurati) – introduce la nozione di “soggettività elettronica”, riferita ai robot in grado di compiere scelte autonome e ne postula la connessa responsabilità⁷². Un concetto, peraltro assai controverso⁷³, che presenta anche declinazioni più attenuate, come ad esempio quella che configura le intelligenze artificiali e i robot come “semi-soggetti” ai quali andrebbero riconosciuti pretese, diritti, doveri e responsabilità, nella prospettiva di una sempre più intensa integrazione tra uomo e macchina⁷⁴.

4. (Segue) *Le due “varianti” essenziali del principio di precauzione e il loro potenziale impatto sui sistemi di intelligenza artificiale, alla luce dei criteri applicativi individuati dalla Commissione europea*

⁷⁰ Si consideri ad esempio il “caso COMPAS”, uno dei casi più noti di applicazione di algoritmi per assumere decisioni risultate, ad una successiva analisi, nettamente discriminatorie: il nome deriva dalla sigla identificativa di un *software* prodotto da una società privata americana, che consentiva di calcolare le probabilità di recidiva di un imputato – in base ai precedenti giudiziari, a questionari appositamente somministrati ed a caratteri ulteriori selezionati dall'algoritmo non rivelati dalla società fornitrice – e che produsse decisioni fortemente *biased*, sovrastimando le probabilità di recidiva degli imputati di colore e sottostimando quella degli imputati bianchi (cfr. in argomento, *ex multis*, A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, n. 1, 94 ss.). In quella circostanza l'effetto discriminatorio era stato calcolato operando un confronto tra il tasso di recidiva previsto dall'algoritmo e quello effettivamente realizzatosi per ciascun imputato ed aggregando infine i dati per sesso e per gruppo etnico.

In tema, si v. le considerazioni di A. VENANZONI, *La valle del perturbante*, cit., 247, in merito al trattamento automatizzato dei dati giudiziari a fini predittivi e a fini decisori.

⁷¹ In argomento v., da ultimo, A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi*, cit., 50 ss.

⁷² Cfr. il punto 59, lettera b). In tema v. A. AMIDEI, *Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo*, in U. RUFFOLO (cur.), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, 63 ss.

⁷³ Si v., ad esempio, il parere negativo espresso sul tema nel 2017 dal Comitato economico e sociale dell'UE, che si è dichiarato «contrario a introdurre una forma di personalità giuridica per i robot o per l'IA. In tal modo verrebbe infatti compromesso l'effetto di correzione preventiva della nozione di responsabilità giuridica, con possibilità di azzardo morale, sia nello sviluppo che nell'impiego dell'IA, e conseguentemente di abusi»: *Parere del Comitato economico e sociale europeo su «L'intelligenza artificiale – Le ricadute dell'intelligenza artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull'occupazione e sulla società»* (parere d'iniziativa) (2017/C 288/01), par. 1.12.

⁷⁴ Cfr. in argomento A. VENANZONI, *La valle del perturbante*, cit., 273, il quale osserva a riguardo che «porre le basi di un costituzionalismo che inglobi nella sua narrazione anche IA e robot, come semi-soggetti cui riconoscere pretese, diritti, doveri e responsabilità, non significa voler tracciare una linea oscura puntata verso un orizzonte distopico; significa, molto più semplicemente, prendere atto della complessità stordente della socialità ibrida, in cui silicio e carne, anima e processori, sono incistati in maniera ormai indistinguibile, e arrivare alla conclusione per cui qualunque regolazione costituzionale che inglobi anche la macchina intelligente è presidio innanzitutto dell'umano. Ciò che va costituzionalizzato è quindi il sistema complesso, a network, che assomma progettazione, realizzazione, *output* finale, elementi intersezionali e integrativi tra uomo e macchina, e ipostatizzi l'ambiente complesso risultante da questi incistamenti».

Il tema appare destinato ad assumere un rilievo crescente negli anni a venire, alla luce del fatto che i «costrutti matematici o computazionali di per sé non dispiegano un impatto negativo sui diritti umani, ma tale impatto è determinato dalla loro implementazione ed applicazione alle interazioni umane» (B. WAGNER, *Algorithms and human rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, prepared by the Committee of Experts on internet intermediaries (MSI-NET) for the Council of Europe, 2018, 8).

Emerge, dalla sintetica rassegna che si è proposta nelle pagine che precedono, l'estrema eterogeneità dei significati che il principio di precauzione ha assunto nel tempo⁷⁵, molti dei quali presentano a loro volta rilevanti margini di indeterminatezza; la complessità risulta ulteriormente accentuata dal carattere multidimensionale del principio, che tende ad assumere significati diversi nell'ambito di ciascuna dimensione (scientifica, economica, politica, etica, giuridica) in cui viene in rilievo⁷⁶.

Tuttavia, la varietà dei significati che si sono individuati possono tendenzialmente ricondursi⁷⁷ a due fondamentali "varianti" del principio, che sottendono due diversi modi di affrontare i rischi ignoti. Il principio di precauzione, cioè, può essere inteso essenzialmente in due sensi. In senso "forte" (o sostanziale), come "regola per decidere": in questo caso postula un obbligo di astensione dalle attività di cui siano ignoti i potenziali effetti negativi. Ovvero in senso "debole" (o formale), come "regola per procedere": in questo caso esso postula un obbligo di "presa in considerazione" dell'incertezza scientifica nell'ambito delle analisi di rischio.

In particolare, il principio di precauzione nel suo significato "forte" implica la preclusione totale dell'attività che comporti rischi ignoti: a questo esito conduce la declinazione del principio nei termini di inversione dell'onere della prova⁷⁸ e di anticipazione preventiva⁷⁹.

La versione "debole" del principio – che rappresenta peraltro il modello prevalente in Italia e in Europa⁸⁰ – comporta invece la preclusione parziale dell'attività potenzialmente dannosa, che, in una situazione di incertezza scientifica sugli effetti potenziali, va ridotta al minimo ma non vietata⁸¹: a questo esito conduce la declinazione del principio in termini di proporzionalità della risposta (o dell'efficacia) rispetto ai costi dei margini di errore (o dei rischi). Una declinazione che – riferita all'impiego di algoritmi potenzialmente discriminatori – pone al centro il problema del *quantum* e impone sempre una valutazione preliminare della significatività dell'algoritmo nella decisione⁸²; valutazione certo non sempre facile, sia perché coincidente talvolta con una *probatio diabolica*⁸³, sia in quanto avente ad oggetto decisioni spesso sottoposte a "cattura" da parte del

⁷⁵ Le ragioni di tale eterogeneità vanno verosimilmente ricercate – come prima ricordato – nella vaghezza della formulazione originaria del principio all'interno del diritto internazionale, così configurato allo scopo di scongiurare eccessive compressioni della sovranità degli Stati aderenti alle convenzioni internazionali in materia ambientale: cfr. in argomento G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1089, il quale sottolinea che la vaghezza deriva anche dalla caratterizzazione della precauzione come principio di politica del diritto (ivi, 1098), «talché, in definitiva, pure la mancata determinazione a priori delle misure precauzionali, e la necessaria graduazione delle stesse in relazione alle specificità del caso concreto, paiono costituire un'implicazione logica del principio in parola. V'è però da dire che da ciò discende un dato – questo sì – decisamente peculiare, ovvero sia l'attribuzione di una sfera di discrezionalità amplissima, e, soprattutto, del tutto inusitata, alle autorità deputate all'attuazione del principio che qui interessa»; per cui «esso indica *quando* occorre intervenire, e, tutt'al più, *come* bisogna intervenire, ovvero sia i parametri secondo cui vanno commisurati gli interventi cautelativi: ma non individua con precisione *cosa* bisogna fare nel contesto di detti interventi, ossia le misure che di volta in volta vanno adottate in concreto» (*ibidem*).

L'eterogeneità risulta peraltro confermata dalla varietà dei criteri applicativi, come si dirà meglio *infra*.

⁷⁶ Cfr. in proposito S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 37-38.

⁷⁷ Cfr. sul tema F. FONDERICO, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione 'precauzionale'*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 339. e J.B. WIENER, *Precaution*, in D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, E. HEY (curr.), *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 597 ss.

⁷⁸ Così ad esempio S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 46, il quale sottolinea in proposito il rischio che la responsabilità per danni imprevedibili – e dunque senza colpa – soffochi l'innovazione.

⁷⁹ Ma sul punto si v. le perplessità espresse da D. AMIRANTE, *supra*, nota 54.

⁸⁰ Pur in presenza di significative variazioni nazionali in relazione all'apprezzamento di determinati rischi, come ricordato da M. GRAZIADEI, *La regolazione del rischio*, cit., 505.

⁸¹ Cfr. in tema S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione*, cit., 154.

⁸² Sul tema cfr. par. precedente.

⁸³ Così A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 100.

sistema informatico e dunque influenzate *di fatto* dall'algoritmo in misura ampiamente superiore rispetto a quanto formalmente previsto⁸⁴.

Ciascuna delle varianti del principio di precauzione sconta peraltro delle specifiche limitazioni: le versioni "forti" riescono ad imporre adeguate restrizioni alle tecnologie future (a garanzia degli interessi che intendono proteggere), ma conducono sovente a direttive operative contraddittorie⁸⁵. Le versioni "deboli", invece, talvolta si rivelano inefficaci, non riuscendo ad opporre alcuna restrizione allo sviluppo di tecnologie potenzialmente dannose⁸⁶.

Muovendo dalle coordinate tracciate, spunti utili a chiarire il significato e a identificare il valore del principio in esame si ricavano dalla *Comunicazione della Commissione UE sul principio di precauzione* del 2 febbraio 2000⁸⁷.

In primo luogo, il documento offre una chiara indicazione dei presupposti che giustificano il ricorso al principio, affermando che esso trova applicazione «in condizioni in cui le informazioni scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte» e vi sono indicazioni che i possibili effetti dell'attività che si intende sottoporre a misure precauzionali «possono essere potenzialmente pericolosi»⁸⁸.

In secondo luogo, individua due diversi momenti nei quali il principio può trovare applicazione: anzitutto, la fase preliminare della decisione politica, nella quale occorre stabilire se adottare o meno misure precauzionali. In questa fase sono essenzialmente due i fattori che impongono di agire: l'esistenza di un rischio potenziale derivante da un fenomeno, un prodotto o un procedimento e l'incertezza scientifica sulla portata del rischio⁸⁹. Il secondo momento è quello della predisposizione delle misure precauzionali, che andrebbero costruite sulla base dei criteri indicati nel documento: proporzionalità, non discriminazione, coerenza con le misure adottate in situazioni analoghe, valutazione del rapporto costi-benefici, attenzione all'evoluzione scientifica.

L'analisi dei criteri richiamati può rivelarsi estremamente proficua, non solo perché essi forniscono indicazioni utili a guidare la concreta applicazione del principio di precauzione, ma anche perché operano come altrettanti limiti ad un ricorso "drastico" alla sola preclusione delle tecnologie innovative, favorendo ulteriormente la lettura "debole" del principio in esame.

Il primo criterio applicativo del principio di precauzione individuato dalla Comunicazione della Commissione è quello di *proporzionalità* (della misura restrittiva) rispetto al livello di protezione ricercato o «*standard* precauzionale» di tutela⁹⁰. L'individuazione di un livello di protezione "voluta" o "adeguato" comporta l'implicito riconoscimento che non sempre si deve ricercare il livello di protezione massimo e, per contro, che non sempre si deve conseguire un livello di rischio zero: il livello di rischio zero, infatti, può essere raggiunto assai di rado (e, segnatamente, nel caso di possibili discriminazioni di origine algoritmica, occorre tener conto che neanche l'essere umano è, per così dire, "a rischio zero", essendo i pregiudizi espressione di una diffusa "inclinazione" dell'animo umano). Tale criterio può rappresentare un fondamentale elemento di temperamento

⁸⁴ Tra le cause principali del fenomeno della "cattura" sono state individuate l'esonero della responsabilità, la riduzione del carico di lavoro e l'«aura di razionalità e infallibilità» che accompagna l'algoritmo (così F.Z. BORGESIU, *Discrimination, Artificial Intelligence*, cit., 8).

⁸⁵ V. in proposito l'analisi di S. CLARKE, *Future technologies*, cit., il quale sottolinea, tra l'altro, che interrompere le sperimentazioni in settori scientifici considerati pericolosi potrebbe impedire l'individuazione di soluzioni adeguate a prevenire rischi potenziali.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Sulla quale si v., *ex multis*, le analisi di T. MAROCCO, *Il principio di precauzione*, cit., 1237 ss. e di G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit. 1092 ss.

⁸⁸ Così la *Comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000*, cit., par 1 ("Introduzione").

⁸⁹ Ivi, punto 5.1.3. Il rischio, inoltre, deve risultare «socialmente accettabile» in relazione ai benefici (cfr. punto 5): un criterio che appare particolarmente rilevante ai fini di una possibile applicazione del principio di precauzione all'uso dell'intelligenza artificiale, considerato il peso detenuto dai benefici sociali legati allo sviluppo tecnologico.

⁹⁰ Riprendendo l'espressione impiegata da S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione*, cit., 149, con riguardo al livello di protezione cui fa riferimento l'art. 174, par. 2, trattato C.E.

contro l'eccesso di precauzione (o contro un impiego "assolutistico" del principio)⁹¹ che condurrebbe a vietare indiscriminatamente il ricorso all'intelligenza artificiale: talvolta, infatti, un divieto totale può non essere la risposta proporzionale ad un rischio potenziale⁹².

Il secondo criterio indicato dalla Comunicazione in esame è quello di *non discriminazione* nell'applicazione del principio precauzionale, allo scopo di garantire il rispetto delle regole di concorrenza nel mercato interno europeo⁹³: criterio utile a scongiurare un ricorso improprio al principio di precauzione per limitare lo sviluppo delle nuove tecnologie di intelligenza artificiale a fini anticoncorrenziali.

Il terzo criterio richiede che le misure precauzionali siano *coerenti* con le misure adottate in situazioni analoghe – caratterizzate parimenti dalla mancanza di dati scientifici in grado di definire il rischio – o che esse riflettano comunque il medesimo approccio al problema: in questa prospettiva, qualunque analisi volta ad individuare tali analogie può rappresentare uno spunto non solo utile, ma in certa misura doveroso nella prospettiva di una futura applicazione del principio di precauzione all'intelligenza artificiale.

Il quarto criterio prescrive l'*analisi* preliminare dei *vantaggi e degli oneri* derivanti dall'azione o dall'inazione, a conferma che la ricerca di un equilibrio tra le ragioni della prudenza e quelle dell'innovazione – la quale implica anche, «se appropriata e fattibile, un'analisi economica di costi e benefici»⁹⁴ – è intrinseca allo stesso principio di precauzione (almeno nella versione "debole" che caratterizza la disciplina europea e italiana)⁹⁵.

Il quinto e ultimo criterio applicativo impone di *rimodulare* le misure precauzionali *in relazione all'evoluzione scientifica*⁹⁶: ciò comporta che tali misure vanno mantenute solo finché i dati scientifici rimangono insufficienti o non concludenti⁹⁷ e finché il rischio sia ritenuto sufficientemente elevato per non accettare di farlo sostenere alla società. Anche in questo caso si ammette che non va necessariamente perseguito il rischio zero, ma occorre invece ridurre i rischi ad un livello accettabile, temperandoli con i benefici attesi in applicazione del principio di proporzionalità⁹⁸. In particolare, i responsabili delle decisioni sono chiamati a stabilire il livello accettabile del rischio per la società⁹⁹: una valutazione eminentemente politica¹⁰⁰, intesa a realizzare un bilanciamento tra una lesione *attuale* prodotta dall'adozione delle misure precauzionali (alla libertà d'impresa, alle prospettive di sviluppo economico, al progresso tecnologico) e una lesione *virtuale* derivante dalla mancata adozione delle stesse (con riferimento ai valori messi a rischio, che includono a pieno titolo il principio di non discriminazione). E proprio la necessità di tale

⁹¹ Si v. in argomento le convincenti considerazioni di G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1106.

⁹² Così T. MAROCCO, *Il principio di precauzione*, cit., 1239.

⁹³ Cfr. sul punto S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 59.

⁹⁴ Così in proposito S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 60.

⁹⁵ Come osserva opportunamente a riguardo S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 60, «si tratta di applicare, con riferimento al principio di precauzione, i criteri del bilanciamento tra i valori costituzionali e comunitari che entrano in gioco».

⁹⁶ Implicando di conseguenza il loro necessario riesame alla luce dell'evoluzione scientifica: cfr. sul punto anche M. GRAZIADEI, *La regolazione del rischio*, cit., 504.

⁹⁷ Il che significa che le misure limitative sono tendenzialmente temporanee, anche perché la "scientificità" delle ragioni che le giustificano risente dell'andamento fallibilista e graduale della scienza: così G.D. COMPORI, *Amministrazioni e giudici*, cit., 2466.

⁹⁸ Vanno nel senso della (sola) riduzione del rischio – sottintendendo che la tecnologia va, per quanto possibile, utilizzata – anche le concrete misure di intervento suggerite dalla Comunicazione in esame (cfr. sul punto anche le osservazioni di G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1093). Si tratta peraltro di misure assai blande, come «finanziare un programma di ricerca» (al fine di ridurre l'incertezza scientifica) e «informare l'opinione pubblica sui possibili effetti negativi di un prodotto o procedimento» (evitando, in questo caso, l'eccesso di cautela, qualora sia adottata al solo scopo di rassicurare l'opinione pubblica: cfr. sul punto G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1104).

⁹⁹ Cfr. sul punto S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 58.

¹⁰⁰ Spettante – come precisa proposito S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 41 – all'opinione pubblica, ai cittadini e agli organi rappresentativi.

bilanciamento – nel quale risulta «decisiva la considerazione della proporzionalità della misura di cautela»¹⁰¹ – fa propendere, ancora una volta, per l'accoglimento di una interpretazione “debole” del principio di precauzione.

La Comunicazione in esame stabilisce infine che le misure precauzionali devono allocare correttamente la *responsabilità* per la produzione delle *prove scientifiche* necessarie ad una più completa valutazione del rischio¹⁰²: un principio che rinvia al profilo, d'anzì evidenziato, della «inversione dell'onere della prova», intesa come «forma di attribuzione della responsabilità di fornire evidenze scientifiche [sull'assenza di rischi] a chi intenda agire [nel nostro caso, introducendo sistemi di intelligenza artificiale nelle procedure decisionali]. Sotto questo profilo, il principio di precauzione si collega con il principio civilistico dell'art. 2050 del codice civile e con i criteri classici della prevenzione cui sono sottoposte le attività industriali particolarmente pericolose»¹⁰³.

5. Note conclusive: l'intelligenza artificiale tra precauzione, prevenzione e innovazione

Il principio di precauzione – come più volte rilevato nelle pagine precedenti – presenta una sostanziale affinità col principio di prevenzione, derivante dalla comune attitudine ad operare come strumenti di gestione del rischio. Tuttavia, la natura del rischio considerato marca la distanza tra i due principi: il principio di precauzione si applica in presenza di rischi ignoti, che assumono il carattere di minaccia, in quanto non è possibile determinare né l'entità né il momento in cui l'evento dannoso potrebbe verificarsi¹⁰⁴. Esso rappresenta di conseguenza una risposta agli inconvenienti derivanti dalla incertezza scientifica¹⁰⁵. Il principio di prevenzione, invece, si applica in presenza di rischi noti, che assumono il carattere di pericolo, riferibili ad eventi dannosi attestati da evidenze scientifiche¹⁰⁶.

La distanza tra i due principi, in particolare, si manifesta sia sul piano, per così dire, “qualitativo”, riflettendo due diverse percezioni dei pericoli derivanti dal progresso (in relazione al carattere certo o incerto del rischio)¹⁰⁷, sia sul piano, in certo senso, “quantitativo”: il principio di precauzione, infatti – soprattutto nella versione originaria, che lo vede configurato in termini di anticipazione preventiva – anticipa la soglia al di là della quale si attivano le misure preventive¹⁰⁸ e determina di conseguenza un innalzamento del livello di tutela¹⁰⁹.

Venendo allora al ruolo che possono svolgere i due principi nella gestione dei rischi di discriminazione legati all'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, può osservarsi che il principio di prevenzione può trovare applicazione sia nella fase di elaborazione dell'algoritmo – che va impostato in modo tale da impedire la produzione di effetti discriminatori diretti e indiretti¹¹⁰ –,

¹⁰¹ Così S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione*, cit., 158.

¹⁰² Cfr. in argomento M. GRAZIADEI, *La regolazione del rischio*, cit., 504.

¹⁰³ Così S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 60.

¹⁰⁴ Così D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale*, cit., 21.

¹⁰⁵ Così G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1085. Cfr. in tema S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 39, che riconduce il principio in esame al «diritto della scienza incerta».

¹⁰⁶ Anche se va rammentato che tra «certezza» e «incertezza» scientifica permangono sempre delle «zone grigie» (così S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione*, cit., 154).

¹⁰⁷ Cfr. sul punto N. DE SADELEER, *Gli effetti del tempo, la posta in gioco e il diritto ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, n. 5, 598.

¹⁰⁸ Cfr. in proposito M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 189 ss.

¹⁰⁹ Cfr. sul punto S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 50, con specifico riferimento al «livello di protezione elevato» prescritto dalla normativa UE in materia di salute, ambiente e tutela dei consumatori. Si v. in proposito le osservazioni formulate *supra* in ordine al *Vorsorgeprinzip*.

¹¹⁰ In particolare, è possibile intervenire nella fase di programmazione, “ordinando” al sistema di apprendimento automatico di non prendere in considerazione specifici caratteri, presenti nel *data set* di riferimento: o che identificano in via immediata categorie protette (quali ad esempio la razza o l'orientamento sessuale), scongiurando in tal modo il prodursi di discriminazioni algoritmiche “dirette”; o che si presentano formalmente come caratteri “neutri”, ma che

sia nella fase di selezione dei dati da immettere nel sistema informatico – che va operata anche attraverso adeguati interventi di “depurazione” dalle informazioni sulle quali potrebbero fondarsi trattamenti discriminatori¹¹¹. Il principio di precauzione trova invece una sede ideale di applicazione nell'imposizione di limiti all'evoluzione autonoma (e, per certi versi, incontrollata) dei sistemi di *machine learning*. Il processo di selezione dei caratteri e degli elementi rilevanti per la decisione, infatti, può essere in parte indirizzato in sede di programmazione, ma il percorso che conduce ad individuare correlazioni significative all'interno dei dati, specialmente in presenza di un *data set* aperto, sfugge al pieno controllo dei programmatori: è questa peraltro la fase della decisione algoritmica nella quale risulta più elevato il rischio di *bias*, legato alla possibilità che il sistema generi nuove classi di individui discriminati in base a caratteri ricorrenti individuati autonomamente dal sistema informatico¹¹².

Vale la pena, in conclusione, di soffermarsi sulla possibilità di applicare al settore informatico il principale istituto qualificante il principio di prevenzione nella sua declinazione “classica”, sviluppatasi originariamente all'interno del diritto dell'ambiente: la valutazione d'impatto ambientale, la quale mira – come è noto – a determinare in modo (tendenzialmente) certo gli effetti sull'ambiente di opere e interventi¹¹³.

Il tema appare particolarmente rilevante, in quanto una specifica “valutazione d'impatto” riferita all'uso delle tecnologie informatiche è prevista espressamente dal diritto europeo: il richiamo va all'art. 35 del Regolamento UE 2016/679, che prescrive, tra l'altro, una valutazione d'impatto del trattamento automatizzato di dati personali anche con riferimento a potenziali effetti discriminatori. In particolare, la disposizione evocata (rubricata *Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati*), stabilisce, al par. 1, che «quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali [...]». Tra i trattamenti che prevedono «l'uso di nuove tecnologie» rientrano a pieno titolo i trattamenti automatizzati: lo stabilisce espressamente il successivo par. 3, che richiede la valutazione d'impatto «in particolare» nel caso di «una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche» (e segnatamente nell'ipotesi di trattamento, su larga scala, di dati sensibili)¹¹⁴; mentre i rischi «elevat[i] per i diritti e le libertà delle persone fisiche» includono senz'altro il rischio di discriminazioni¹¹⁵.

ricorrono di norma con particolare frequenza nelle categorie protette (quali ad esempio il codice postale, utilizzato come dato indicativo dell'appartenenza ad una specifica comunità discriminata o per ragioni razziali o per ragioni socio-economiche), scongiurando in tal modo il prodursi di discriminazioni “indirette” (o *proxy discriminations*): sul punto si consenta di rinviare a P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, cit., 5 ss.

V. in proposito le prescrizioni contenute nel *Codice etico-deontologico degli ingegneri robotici*, cit. e le considerazioni sviluppate in tema da A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi*, cit., 55 ss. V. inoltre i suggerimenti formulati da A. SIMONCINI, S. SUWEIS (*Il cambio di paradigma*, cit., 104) in ordine alla necessaria educazione dei programmatori ai valori etici (all'interno dei quali deve considerarsi ricompreso a pieno titolo il principio di eguaglianza formale).

¹¹¹ Maggiori difficoltà sorgono tuttavia nell'ipotesi di acquisizione di *Big data* dalla rete Internet: in questo caso i rischi a cui viene esposto il sistema di apprendimento automatico, progettato per individuare autonomamente caratteri ricorrenti all'interno di un *set* di dati “aperto”, non sono pienamente prevedibili (o, meglio, è altamente probabile – e dunque ampiamente prevedibile – che sistema di *machine learning* “assorbirà” i pregiudizi diffusi in Rete, anche nelle versioni più esasperate).

¹¹² Anche sul punto cfr., volendo, P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, cit., 11.

¹¹³ Cfr. in argomento S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 40.

¹¹⁴ Cfr. lett. a) e lett. b).

¹¹⁵ Cfr. in argomento L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm: Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for*, in *Duke Law & Technology Review*, 2017.

Ma non solo: l'invito ad introdurre e sviluppare metodologie di valutazione dell'impatto algoritmico compare in alcuni tra i più importanti atti di *soft law* dedicati all'uso di sistemi di intelligenza artificiale. Così, ad esempio, nei succitati *Orientamenti etici per un'AI affidabile*, si invita ad effettuare, nelle fasi preliminari allo sviluppo del sistema informatico, una valutazione d'impatto sui diritti fondamentali¹¹⁶ e si sollecita la predisposizione di una valutazione di impatto algoritmica al fine di ridurre al minimo l'impatto negativo in misura proporzionale ai rischi¹¹⁷; parimenti, nella succitata Risoluzione del Parlamento europeo del 2019 si propone l'introduzione di una Analisi di Impatto Algoritmica, da svolgersi preliminarmente all'impiego degli algoritmi nei sistemi decisionali quando questi hanno un «impatto significativo sulla vita dei cittadini»¹¹⁸. Analoghe finalità sono presenti nei documenti in materia adottati in Italia: in particolare, nel Libro Bianco dell'AgID si indica, tra le «sfide» da raccogliere per il futuro sviluppo dell'IA, la «misurazione dell'impatto nell'uso di soluzioni di intelligenza artificiale nella PA»¹¹⁹, mentre nella Strategia Nazionale predisposta dal MISE si propone di «istituire una cabina di regia interministeriale e multi-stakeholder» al fine di assicurare, tra l'altro, la «valutazione [dell']impatto economico e sociale» dei sistemi di intelligenza artificiale¹²⁰.

Un accenno, infine, al principio di innovazione, che intrattiene col principio precauzionale un rapporto assai controverso: se infatti, da un lato, si è affermato – abbracciando *in toto* la tesi della contrapposizione – che l'equilibrio tra i due principi riflette l'oscillazione tra pensiero scienziato e anti-scienziato¹²¹, dall'altro lato, può sostenersi che tale equilibrio è in realtà già implicato dal principio di precauzione (segnatamente nella sua versione “debole”), che propugnerebbe una sorta di “equidistanza” tra accettazione acritica e rifiuto altrettanto acritico dell'innovazione¹²². E comunque, anche volendo collocare i due principi su piani contrapposti, non si tratterebbe di una contrapposizione netta: il principio di precauzione, infatti, riflette in realtà un atteggiamento di coraggio, non di paura rispetto al rischio¹²³ in quanto, pur nascendo dall'incertezza per il futuro, esige tuttavia l'attivazione di forme razionali e procedurali che superino la paura derivante dalla mancanza di dati¹²⁴. In questa prospettiva si colloca l'idea, d'anzì affermata, di un'applicazione del principio di precauzione che consenta di controllare e rendere “sicura” l'evoluzione autonoma dei sistemi di *machine learning*, espressione della concezione “debole” del principio legata alla declinazione che mira a contemperare efficacia e costi; e che disegna un principio «volto non tanto a rallentare il progresso e la tecnologia, ma ad individuare strumenti di azione e di gestione nei confronti dei rischi prodotti da una tecnologia che non riesce più a controllare sé stessa»¹²⁵.

¹¹⁶ Cfr. *Orientamenti etici per un'AI affidabile*, cit., punto 63.

¹¹⁷ Ivi, punto 89.

¹¹⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su *una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale*, cit., punto 154.

¹¹⁹ *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino*, cit., pp. 66-68.

¹²⁰ *Strategia Nazionale per l'Intelligenza Artificiale*, cit., p. 7. In particolare, va sottolineato come nei documenti che delineano la strategia nazionale in materia di IA si concentri l'attenzione soprattutto sull'uso delle tecnologie in esame nell'ambito della pubblica amministrazione e sul loro impatto sociale.

¹²¹ Cfr. sul punto l'efficace sintesi delle posizioni in campo proposta da G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, cit., 1082-84.

¹²² Cfr. in argomento M.V. LUMETTI, *Il principio di precauzione nella legislazione, nella giurisprudenza e nelle recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Giust. amm.*, 2004, n. 1, 43.

¹²³ Su questi temi v. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996.

¹²⁴ Cfr. S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., 39. Un chiaro esempio di tale impostazione è offerto dalla Dichiarazione di Rio del 1992, che inserisce il principio di precauzione tra i principi idonei a garantire uno sviluppo sostenibile, che dunque non va arrestato bensì accompagnato con le cautele necessarie affinché proceda senza causare danni irreparabili.

¹²⁵ Così D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale*, cit., 20.

Vincenzo Baldini

L'emergenza costituzionale alla luce degli interrogativi kantiani
Una prospettiva di metodo per l'analisi dell'esperienza* **

ABSTRACT: *This work tends to analyze the experience of the health emergency in the light of the three Kantian questions trying, for each of them, to provide an answer, in a problematic form, up to determining some lines of possible developments of the political debate connected to rational expectations that emerge from the above experience.*

SOMMARIO: 1. Premessa. Gli interrogativi kantiani e l'importanza di un approccio pratico-razionale. 2. Cosa posso sapere? I profili salienti dell'esperienza emergenziale. 3. Cosa debbo fare? Limiti e "virtù" del dibattito dottrinale sull'ordinamento dell'emergenza (sanitaria). 4. Conclusioni: cosa ho diritto di sperare? Aspetti problematici di una difficile previsione ...

1. *Premessa. Gli interrogativi kantiani e l'importanza di un approccio pratico-razionale.*

«Ogni interesse della mia ragione (tanto quello speculativo quanto quello pratico) si concentra nelle tre domande seguenti: Che cosa posso sapere? Che cosa devo fare? Che cosa ho diritto di sperare?»¹. I tre interrogativi kantiani qui richiamati, posti alla fine della *Critica della Ragion pura* ed in cui si compendia -come afferma lo stesso Kant- ogni interesse alla conoscenza possono anche suggerire un'interessante prospettiva di analisi e studio dell'esperienza giuridica riconducibile all'emergenza sanitaria². Seguendo tale prospettiva, il giurista deve andare oltre la mera ricognizione dei connotati normativi integranti il complesso degli atti di variegata origine ed efficacia succedutisi fino ad oggi, il cui denominatore comune si rinviene nel contrasto al rischio sanitario e nel superamento, così, di tale emergenza. L'obiettivo ultimo di questo genere di analisi, di ordine assiologico-funzionale, è quello di definire, dalle consapevolezze acquisite attraverso tale esperienza, le aspettative di ordine razionale che ne derivano sul piano degli effetti di sistema, aspettative per la cui realizzazione non resta estraneo -da un punto di vista latamente normativo- un contributo "attivo" del singolo, quanto meno in termini di partecipazione alla scelta della decisione politica più congruente.

In questo contesto, un ruolo non marginale è giocato, naturalmente, dal senso della Costituzione da cui si muove per determinare, nello specifico, l'azione del singolo e le aspettative razionali di cui si è detto, laddove la razionalità altro non può intendersi che come congruità rispetto al (supposto) disegno costituzionale.

2. *Cosa posso sapere? I profili salienti dell'esperienza emergenziale.*

La risposta al primo interrogativo (cosa posso sapere?) si compendia nell'analisi dell'esperienza, almeno nella misura in cui dalla conoscenza razionale di quest'ultima deriva per il singolo una specifica e adeguata consapevolezza anche degli accadimenti ordinamentali. Nondimeno, tale interrogativo tende a scomporsi secondo una duplice prospettiva, rispettivamente, giuridico-positiva e politico-istituzionale ove si presta riguardo, in primo luogo, ai tratti tipizzanti, non solo formali, di ciò che può definirsi come un sistema giuridico dell'emergenza. Rileva, nella specie, innanzitutto la

* Scritto pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

** Scritto destinato al volume "Covid-19 vs. democrazia aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria" a cura di M. Borgato e D. Trabucco, Napoli 2020.

¹ I. KANT, *Critica della ragion pura, Dottrina trascendentale del metodo*.

² In tema, v. tra i tanti A. D'ALOIA., *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in [BioLaw Journal](#), 2, 2020. G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, al sito web di [unicost](#), 10 aprile 2020, 4; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in [Diritti Regionali](#), n. 1/2020.

rinuncia ad ogni forma di regolazione non cogente (raccomandazioni, consigli ed esortazioni) ed il ricorso immediato alla disciplina giuridica, sostenuta dalla forza della previsione di sanzioni anche gravi per il caso di sua inosservanza. La subitanea rinuncia all'impiego di norme sociali in senso stretto³, la cui attuazione richiede consapevolezza del pericolo e disponibilità alla collaborazione da parte della società civile può intendersi come il riflesso di una sostanziale fiducia delle istituzioni pubbliche democratiche nei confronti di un'autonoma capacità di disciplinamento di quest'ultima anche di fronte a fenomeni pregiudizievoli per la salute generale. Di contro, il ricorso al comando giuridico, cui ha corrisposto il rigore estremo prestato dalle forze dell'ordine nel controllo della sua assoluta obbedienza, attinge come sempre ai caratteri dell'antitesi tra autorità e libertà che connota - pressoché inevitabilmente, può dirsi- anche i caratteri dello Stato democratico⁴. (A)

Il secondo versante (natura degli atti) attiene a ciò che *Uwe Volkmann* definisce (seppure con riguardo all'ordinamento tedesco, ma il discorso può valere pianamente anche per quello italiano) come la "burocratizzazione dello stato di eccezione"⁵, alludendosi così alla sua conversione nella veste formale di uno "stato amministrativo in un procedimento del diritto sanitario e del diritto di polizia"⁶. In tale condizione, si esprime in qualche modo uno sforzo mirato alla razionalizzazione dello *Ausnahmezustand*⁷ riportandolo entro il perimetro ordinario dell'azione discrezionale di organi del potere esecutivo, in primo luogo attraverso l'adozione a monte della deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, ai sensi, tra l'altro, degli artt. 7 c. 1 lett. c) e 24 c. 1, d.lgs. n. 1/2018⁸ con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza, per il periodo di sei mesi, "in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili". In questo modo, si è cercato di nascondere sotto la veste della continuità giuridico-positiva la distinzione esistente tra un "prima", un "durante" e un "dopo" l'emergenza sanitaria⁹. Ma la strategia di prevenzione assoluta come forma di lotta all'emergenza sanitaria, con la conseguente limitazione/sospensione contestuale di un complesso di libertà costituzionali -dalla libertà personale a quella di domicilio, alla libertà di riunione, di associazione, di esercizio del culto, di circolazione e soggiorno- rivela pur sotto un regime di regolare azione amministrativa, dal punto di vista giuridico-formale, i tratti reali di un ordinamento giuridico provvisorio dell'emergenza incardinato su un principio di divieto, generale e generalmente vincolante, in relazione al quale l'esercizio di libertà assume i caratteri, anche nel lessico impiegato, di una vera e propria concessione da parte dell'autorità pubblica di governo.

Non sembra potersi obiettare, in senso contrario, che la citata deliberazione del CdM del 31 gennaio 2020 non appare atto idoneo in sé a legittimare l'apertura di una fase di emergenza costituzionale, con la conseguente sospensione contestuale dell'esercizio di una serie di diritti fondamentali di libertà e che pertanto non dovrebbe parlarsi, nella specie, di "stato d'eccezione". Tale argomentazione, a parere di chi scrive, prova troppo, soprattutto non può valere a negare il fatto che la consistenza - oltre che le stesse modalità formali (ddpcm, ordinanze sindacali e regionali etc.) - delle misure irrogate venga a giustificarsi unicamente sul presupposto della sopravvenienza di eventi gravi, imprevisti e imprevedibili, idonei a provocare oltre a un'emergenza sanitaria anche una condizione di emergenza costituzionale.

Tuttavia, è vero che la deliberazione governativa in parola di per sé, per gli effetti e la durata della sua vigenza, non si mostra strumento adeguato ad aprire una fase di emergenza (anche) costituzionale,

³ Sul punto, v. in particolare C. MÖELLERS, *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin, 2015, part. 106 ss.

⁴ Al riguardo, v. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart* (1972), ora anche in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, 209 ss., part. 211 ss.; J. HABERMAS, *Zivile Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat* (1983), ora anche in ID., *Die neue Übersichtlichkeit*, Frankfurt am Main, 1985, 79 ss.

⁵ U. VOLKMANN, *ibidem*, 3.

⁶ *Idem*.

⁷ Sul punto, con particolare riguardo alla dialettica antitetica: stato di eccezione/stato di normalità, v. da ultimo A. CANTARO, *Pandemia e scienza giuridica - In divergente accordo*, paper, 13 ss.; in particolare con riguardo al titolare del potere sovrano, v. C. SCHMITT, *Politische Theologie*, 8. Aufl., Berlin, 2004, 14 ss.

⁸ D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, Codice della protezione civile.

⁹ C. MÖLLERS, *Erleben wir eine Krise der Gesetzgebung?*, in [Die Zeit Online](#) del 9.5.2020.

difettando nella specie quella condizione -l'impossibilità materiale dell'intervento parlamentare- che sola consente all'Esecutivo, nel silenzio della Costituzione e nel quadro della forma parlamentare di governo, di procedere autonomamente nella strategia politica di lotta all'emergenza.

Del resto, come si deduce anche da previsioni sancite in Costituzioni di altri ordinamenti (Spagna, Francia), mirate nello specifico a disciplinare l'emergenza costituzionale, una tale facoltà in capo all'Esecutivo è attribuita unicamente in relazione a fasi lievi dell'emergenza, superabili entro un tempo molto contenuto¹⁰. Pertanto, la validità regolatrice e dispositiva di tale deliberazione del CdM può spiegarsi unicamente se la si fonda su una norma presupposta provvisoria, diversa (da) e parallela a quella che regge ordinariamente l'assetto dello Stato costituzionale democratico¹¹. Prospettiva, quest'ultima, che evoca - seppure in modo piuttosto generale - la *necessitas* (categoria, invero, poco perspicua) quale fonte reale del diritto¹² che nella norma presupposta trova la sua forma giuridico-positiva in grado di legittimare la normazione emergenziale messa in campo da Governo, Presidenti regionali e Sindaci¹³.

In definitiva, a conferire efficacia -oltre che validità- ad un tale ordinamento provvisorio dell'emergenza resta la condizione di effettiva osservanza e assecondamento delle misure emergenziali che la "nuova" *Grundnorm* impone, conferendo una base di validità all'intero ordinamento. In tal senso, può ritenersi che il processo di razionalizzazione amministrativa di tale esperienza non elide l'esistenza dello stato di eccezione nè la percezione comune dell'asimmetria, rispetto al complesso degli interessi in gioco, dell'interesse prevalente alla tutela della salute attraverso l'azione di prevenzione che si manifesta, nei contenuti stessi della normazione, efficace all'arginamento del rischio sanitario¹⁴. Se dunque la delibera del CdM più volte citata non è in grado *ex sé* di costituire, sul piano giuridico-formale, il fondamento giuridico ultimo di validità del ricorso allo Stato di eccezione, tale fondamento si rinviene in un pre-supposto normativo, anch'esso di natura eccezionale, che impone l'osservanza delle previsioni recanti, tra l'altro, il divieto di esercizio di diritti fondamentali di libertà. Di conseguenza, non si riconosce il fondamento di legittimità dei numerosi atti di natura amministrativa¹⁵ nella deliberazione del Governo del 31 gennaio 2020 e nei conseguenti atti con forza di legge se non muovendosi dall'esistenza del suddetto presupposto

¹⁰ V., ad es., art. 116 Cost. Spagna, dove solo lo "stato d'allarme" può essere dichiarato autonomamente dal Governo, con decreto del Consiglio dei Ministri, per un termine massimo di 15 gg. prorogabili una sola volta, con l'autorizzazione del Congresso dei deputati (che viene informato della dichiarazione di "stato d'allarme" adottata dal Governo).

¹¹ In tal senso, v. anche A.-B. KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Tübingen, 2020, part. 133 ss. Ma v. anche U. DI FABIO, *An der Grenze der Verfassung - Das Modell der liberalen Demokratie schlägt sich in der Pandemie überraschend gut. Es gilt, Leben zu schützen und dabei schonend mit den Grundlagen der freien Gesellschaft umzugehen*, in [FAZ.NET](#) del 14.4.2020.

¹² Al riguardo, cfr. tra gli altri J. ISENSEE, *Salus publica – suprema lex ?*, Paderborn – München – Wien – Zürich, 2006, part. 9 ss.; In tema, anche in senso critico, v. anche G. CAMUS, *L'État de Nécessité en Démocratie*, Paris, 1965, part. 41 ss. Per la dottrina italiana, v. soprattutto M. C. SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid-19*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3, 2020. M.A. DE PASQUALE, *La gestione normativa della crisi. Dalle deficienze sanitarie alla caotica gestione multilivello della crisi (sperimentale): «Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem»*, in [Diritti Regionali](#), n. 1/2020.

¹³ E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020, nonché ID., *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in [BioLaw Journal](#), 2, 2020. In generale, sul tema v. A. RUGGERI, [Il coronavirus, la sofferza tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in questa [Rivista 2020/I](#), 210.

Sulla questione dell'identità della norma presupposta in grado di sorreggere sul piano giuridico-positivo un ordinamento dell'emergenza si rinvia, in generale, a W.-D. GRUSSMANN, *Grundnorm und Supranationalität*, in T.v. DANWITZ, M. HEINTZEN, *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar, 1994, 47 ss., part. 49 ss.

¹⁴ Al riguardo, sui contenuti del d.l. n. 6/2020, v. M. TALO, *Una lettura critica del decreto-legge 6 aprile 2020, in Covid-19 vs. democrazia aspetti giuridici ed economici*, cit.. Sulle questioni specifiche sollevate da tale normazione, cfr. A. TESSIER, *Le restrizioni alla libertà personale disposte dalla decretazione d'urgenza*, e F. ADERNÒ, *Le restrizioni alla libertà religiosa disposte dalla decretazione d'urgenza*, *ibid.*

¹⁵ ... alcuni dei quali recanti solo i presupposti formali dell'atto sostanziale di disciplina, adottato in forma negoziata (protocolli), la cui giuridica connotazione appare, ad ogni modo, tutt'altro che perspicua: v., al riguardo, soprattutto il d.l. 16.5.2020, n. 33.

teoretico della *Grundnorm* che impone a tutti l'osservanza delle misure in quanto mirate alla prevenzione dell'emergenza sanitaria in corso, fino al suo superamento.

La peculiarità della forma amministrativa dello stato di emergenza non rileva soltanto al fine di lasciar prefigurare una formale continuità con l'esperienza precedente bensì anche -e ciò costituisce un'ulteriore consapevolezza, nel processo di apprendimento razionale secondo il metodo kantiano- come soluzione concorrente e alternativa alla centralità di ruolo in qualche modo riferibile, anche nell'esperienza emergenziale, alle Camere parlamentari. Tanto nella forma dell'attività di indirizzo quanto, anche, in quella del controllo diretto e permanente sull'operato dell'Esecutivo, non può non riconoscersi alle Assemblee rappresentative, in via di principio nel contesto della forma di governo parlamentare, l'assunzione di un ruolo nient'affatto marginale, nella fase della apertura come in quella di gestione dello stato di emergenza, in ogni caso compatibile con i dettami della tempestività e dell'efficacia dell'azione di contrasto al rischio epidemico. Nondimeno, l'esperienza ha registrato una reale emarginazione del ruolo di tali Assemblee, a cui si accompagna parimenti un arretramento funzionale dei Consigli a livello regionale e locale.

In particolare, recede la portata della riserva di legge quale presidio posto a garanzia dei diritti fondamentali¹⁶, così, sfuma nel contempo l'azione di controllo ritualmente svolta dalle Camere elettive nei confronti dell'Esecutivo nel quadro della forma di governo parlamentare¹⁷. La condizione prevalente effettiva di *Ausnahmezustand* insieme ad un monopolio normativo pressoché assoluto degli Esecutivi -nazionale e locali- rivela così un sensibile indebolimento del potere democratico riferito a Parlamento ed Assemblee territoriali, vale a dire, di una modalità di esercizio della sovranità incentrata sul metodo del confronto e della discussione tra tutte le forze politiche, della decisione ponderata e processualmente razionale. Tale debolezza funzionale delle Camere rappresentative, con linguaggio weberiano, potrebbe definirsi come l'arretramento (conseguenza dell'intrinseca fragilità) della signoria/dominio legale e/o di quello tradizionale di fronte al prevalere, nel contesto dei tipi assoluti di potere legittimo¹⁸, di quello carismatico. Bagliori di quest'ultimo si rinvergono nel marcato presenzialismo del Presidente del Consiglio dei Ministri come, per altro verso, nella forza identitaria¹⁹ di cui si ammantava la posizione, rispettivamente, di Presidenti di Regione e Sindaci in virtù della loro investitura diretta²⁰. Questa forma di leadership democratica seppure edulcorata dalla mediazione del voto, tende ad accrescere inevitabilmente l'esponenzialità rappresentativa dell'eletto, privilegiandosi perciò un modello di azione basato essenzialmente sulla forza legittima della sua decisione²¹.

Tanto, più in generale, lascia risaltare l'esistenza di uno iato ontologico tra i descritti modelli democratici, che si presentano perciò come concorrenti e/o alternativi. In particolare, il contenimento dell'influenza parlamentare/assembleare nelle strategie di azione politica in questa fase appare un

¹⁶ C. DELLA GIUSTINA, *La riserva di legge e il rispetto dei diritti al tempo del coronavirus*. Sul punto, v. anche L. MAZZAROLLI, *Riserva di legge e principio di legalità in tempo di coronavirus. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss, 77 Cost., per tacer d'altri*, in Federalismi.it, 23 marzo 2020. Sul rapporto tra Costituzione e legge, v. anche G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 131 ss.; nonché E. DENNINGER, *Verfassung und Gesetz* (1986), ora anche in ID., *Der Gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, 51 ss.

¹⁷ Sul punto, v. tra gli altri, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, 11 aprile 2020.; L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria, leale collaborazione e (limiti alla) libertà di manifestazione del pensiero*, in Dirittifondamentali.it, 2020. Più in generale, si veda anche H. MEYER, *Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes*, in *VVDStRL* 33 (1974), Berlin, 1975, 69 ss., part. 100 ss., che nello specifico rimette la funzione di controllo soprattutto all'opposizione.

¹⁸ Sul punto, v. da ultimo H. HOFMANN, *Legitimität und Legalität -zur Kritik der Herrschaftssoziologie Max Webers*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2020, 585 ss., part. 587.

¹⁹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, unveränd. Nachdruck der 1928 erschienenen ersten Auflage, Berlin, 1970, part. 276 ss.

²⁰ V. in tema, F. MUSELLA, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in *Diritti regionali*, 2/2020, nonché, ancora L. Mazzarolli, *op. ult. cit.*

²¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, unveränd. Nachdruck der 1928 erschienenen ersten Auflage, Berlin, 1970, part. 276 ss.

tassello debole nel contesto delle dinamiche interne alla democrazia costituzionale, anche oltre ed al di fuori della condizione strettamente contingente dello stato di eccezione. Non basta, in senso contrario, la consapevolezza che la democrazia costituzionale pluralista realizza la sua propria sostanza non soltanto nella dimensione interna e istituzionalizzata del confronto parlamentare includendosi, in essa, anche la dimensione esterna e non istituzionalizzata, tuttavia altrettanto fondamentale, del confronto e della varietà di opinioni politiche nel flusso generale della comunicazione pubblica. In tal modo la esternalizzazione del dibattito politico²² può anche compensare la posizione da tempo generalmente recessiva del *Redeparlament*²³.

Ciò che tuttavia appare più problematico nella forma di democrazia basata sull'elezione diretta è il tendenziale difetto di un assetto procedimentale della decisione ispirato a principi di confronto, trasparenza e comprensibilità, oltre che di visibilità, in altre parole, di una condizione essenziale della razionalità sostanziale che connota in modo peculiare la democrazia parlamentare²⁴. L'accantonamento in partenza del figurino organizzativo dell'art. 78 Cost. quale modello di azione coordinata e responsabile di Camere e Governo anche nella fase emergenziale²⁵, insieme con la dichiarazione di emergenza formulata ai sensi dell'art. 24, d.lgs n. 1/2018 cit., appaiono sintomatici dell'intento di affermare la suddetta assoluta autonomia dell'esecutivo nella gestione dell'emergenza sanitaria, svincolata da ogni onere -anche solo formale- di confronto con le Assemblee di rappresentanza popolare.

L'andamento di tale esperienza mette in evidenza, in conclusione, complessità e frizioni interne all'assetto organizzativo generale dello stato, tra le quali sono anche quelle generate (soprattutto nella prima fase dell'emergenza) dalla tensione a volte veemente tra determinazioni di tipo unitario (assunte con dpcm) e peculiarità territoriali che esigevano soluzioni differenziate per le singole aree, assunte di regola con ordinanze sindacali e/o del Presidente di Regione. La (a volte) stridente antinomia tra istanze di uniformità -in particolare, in quanto concerne la limitazione dei diritti fondamentali- e peculiarità delle situazioni territoriali che richiedevano interventi mirati e limitazioni più rigorose, ha spesso portato a chiare tensioni politiche tra i diversi livelli di governo, offrendo un quadro dell'organizzazione complessiva dello Stato, soprattutto con riguardo alla relazione con i poteri e le attribuzioni locali, piuttosto frammentato e confuso.

3. Cosa debbo fare? Limiti e "virtù" del dibattito dottrinale sull'ordinamento dell'emergenza (sanitaria).

La risposta al secondo interrogativo kantiano (cosa debbo fare ?) più che il singolo *uti civis* o in quanto individuo chiama in causa soprattutto la scienza giuridica nello sforzo di ricerca ed elaborazione dell'unità sistemica e teoretica del diritto positivo. A questo riguardo rileva, preliminarmente, l'intensità del dibattito teoretico-dogmatico che ha concorso a mettere in luce aspetti problematici e controversi dell'esperienza di gestione dell'emergenza sanitaria, tanto sul piano della legalità costituzionale quanto su quello dell'opportunità politica. Ciò ha concorso a favorire anche una maggiore osservanza, da parte delle autorità competenti, delle regole che presiedono alla legittimità dell'adozione delle misure emergenziali. Peraltro, la disputa dottrinale tra posizioni,

²² Su una tendenziale "deparlamentarizzazione" della decisione politica, v. soprattutto M. HERDEGEN, *Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung ?*, in *VVDStRL* 62 (2002), Berlin, 2003, 7 ss., part. 13 ss.

²³ Al riguardo, basti pensare all'uso frequente della questione di fiducia come forma di elusione del dibattito parlamentare. La formula del *Redeparlament* è utilizzata in contrapposto a quella di *Arbeitsparlament*, che indica invece il compito di razionalizzazione del lavoro parlamentare. In tal senso, v. da ultimo P. CANCEK, *Parlamentarische Beschlussfähigkeit und Verfassungsrecht*, in *Der Staat*, 59 (2020), 7 ss., part. 9 ss.

²⁴ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Nachdruck 20. Aufl., Heidelberg, 1999, 63 Rdn.138.

²⁵ Sul punto, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale ... anche in epoca di emergenza sanitaria*, in Dirittifondamentali.it, 2020.

rispettivamente, a favore o contro la costituzionalità delle misure in questione adombra, in ogni caso, la consistenza a geometrie variabili della garanzia giuridica espressa dai diritti di libertà, sulla cui tenuta manifesta un'incidenza non marginale l'apprezzamento di natura politica espresso dal giudice nella risoluzione di controversie²⁶. Meno presa, almeno in una prima fase dell'emergenza sanitaria, hanno avuto sul dibattito in questione la considerazione degli effetti di depressione economico-finanziaria verosimilmente riconducibili agli effetti delle misure emergenziali, in grado di causare, in ultima analisi, incrinature nella coesione sociale e pregiudizi nella realizzazione dell'uguaglianza sostanziale.

Se il deterioramento delle condizioni di benessere economico e sociale è in grado di provocare un innalzamento del livello di conflittualità all'interno del contesto sociale e alimentare, d'altro verso, l'illegalità (si pensi, ad es., alla insufficienza e/o mancanza di Beni primari con conseguente pregiudizio anche della dignità della vita sociale familiare) sul versante delle condizioni politiche va da sé come la percezione di particolari bisogni o l'esigenza di fronteggiare situazioni imprevedibili è la causa prima di una tutela asimmetrica di certi diritti e interessi rispetto ad altri, entro una logica estranea al necessario bilanciamento. Così, mentre di regola la primazia accordata al diritto alla vita e alla salute è giustificata in giurisprudenza attraverso il ricorso all'argomentazione razionale non mancano sentenze anche di giudici stranieri, in cui tale primazia è affermata in modo apodittico, senza una particolare specificazione circa la razionalità della decisione in rapporto al sacrificio di interessi costituzionali concorrenti²⁷. Tanto traduce, in buona sostanza, l'effettiva natura politica della decisione operata dal giudice, pur nel contesto della situazione eccezionale.

Peraltro, proprio la scienza giuridica concorre a evidenziare l'indispensabile funzionalità democratica di un pluralismo della comunicazione nello Stato costituzionale che, oltre a indurre verosimilmente una deliberazione razionale²⁸ concorre ad inibire il carico di pericolosità che ogni esperienza di emergenza costituzionale inevitabilmente reca in sé. Di tale pluralismo comunicativo fanno parte, peraltro, anche le dinamiche del confronto/scontro, tra istituzioni di governo locali e nazionali, ben oltre le problematiche circa il legittimo esercizio delle rispettive competenze e attribuzioni, che produce l'effetto ultimo di assicurare la vitalità del sistema costituzionale come efficace anticorpo al rischio di una sua trasfigurazione/degenerazione. Infatti, tale relazione interna al pluralismo istituzionale si esprime, anche in questa fase, come forma indiretta di controllo e garanzia del rispetto dell'istanza democratica e dell'identità costituzionale, di cui è parte la tutela dell'unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.).

D'altro verso, la stessa scienza giuridica costituzionalistica non ha mancato di porre in rilievo anche gli effetti negativi che la strategia di *lock-down* intrapresa dal Governo, con il blocco temporaneo di gran parte delle attività economiche e produttive del Paese, ha determinato sul piano economico-finanziario, in particolare per ciò che attiene alla dimensione attiva dello Stato sociale, riducendo in fine le aspettative di Giustizia connesse al modello costituzionale. Tali effetti, peraltro, non sono destinati a scomparire con il ritorno al pieno regime delle suddette attività, una volta caduti i numerosi limiti fissati dagli atti emergenziali, generandosi così vistose e profonde spaccature nel contesto della comunità statale. In quest'ordine di idee è stato rilevato come l'intervento sociale dello Stato pure in ambiti e per categorie espressamente considerate dalla Carta costituzionale (es. protezione di maternità ed infanzia – art. 31, comma 2, Cost.; aiuti alle famiglie numerose -art. 31, comma 1, Cost.; tutela del diritto al lavoro – artt. 4, 35 ss., Cost.; tutela della salute – art. 32 Cost.,

²⁶ Sulla natura politica della decisione del giudice, v. soprattutto H. KELSEN, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?* (Hrsg. von R.Chr. Van Ooyen), Tübingen, 2008, 67.

²⁷ V., ad es., Corte cost. di Berlino, sent. del 14.4.2020 (in tema di chiusura di musei e biblioteche); Tribunale amministrativo di Hannover, sentenza del 08.4.2020, in tema di assembramenti in chiesa. Sul punto, sia consentito il rinvio a V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in Dirittifondamentali.it 2020.

²⁸ In tal senso, cfr. In particolare J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, 349 ss.; nonché ID., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, 1996, 277 ss. Più in generale, sull'importanza della argomentazione giuridica, cfr. R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1983, 17 ss.

etc.) è destinato a subire rallentamenti o limitazioni in seguito alle esigenze di allargamento dell'assistenza sociale a categorie e fasce sociali che prima del lock down non rientravano nella sfera dei beneficiari. A riuscire compromesso, in definitiva, è parso soprattutto il valore della dignità di persone private di lavoro e stabilità economica in conseguenza degli effetti recati dalla strategia in questione, valore che la Costituzione italiana, non meno di altre Carte fondamentali, tutela come Bene primario²⁹.

Una siffatta considerazione non va, ad ogni modo, nella direzione di sollecitare una risposta da parte della scienza giuridica che non sia la rilevazione di un danno costituzionale insito in questa esperienza. Una risposta operativa di ripristino di tali aspettative attraverso, in primo luogo, il recupero delle condizioni di eguaglianza compromesse dalla strategia emergenziale spetta unicamente al sistema politico, in particolare al legislatore rappresentativo, chiamato a prevedere forme e mezzi di sostegno per i soggetti apparsi più deboli e svantaggiati dall'applicazione delle misure emergenziali. Alla scienza giuridica, di contro, compete, ancora ed esclusivamente, l'analisi delle soluzioni eventualmente intraprese allo scopo, principalmente, di apprezzarne la legittimità alla luce del quadro complessivo di principi e diritti dello Stato costituzionale democratico.

4. Conclusioni: cosa ho diritto di sperare? Aspetti problematici di una difficile previsione ...

Il terzo ed ultimo interrogativo kantiano, che qui si affronta, è anche quello più cruciale seppure appare suggestivo nella prospettiva delle risposte che esso è in grado di generare alla luce delle consapevolezze maturate.

La prima, più ragionevole speranza è il rapido superamento dello Stato di eccezione ed il ritorno ad una condizione regolare di vita ordinamentale, in cui riprenda pieno vigore (e vigenza) la *Grundnorm* che sorregge l'ordinamento giuridico statale, a partire dalla Costituzione democratico-liberale e sociale. La razionalità di tale speranza deriva dai numeri, che testimoniano in modo incontestabile il superamento dell'emergenza sanitaria e il progressivo ritorno ad una condizione di normalità sanitaria, per quanto vissuta nella consapevolezza di una prudenza necessaria ad impedire rinfocolamenti dell'epidemia³⁰. Il ritorno alla ordinarietà dell'esperienza giuridico-statale non equivale per ciò stesso alla garanzia di un recupero di effettività dell'eccezione assiologica che connota la disciplina sostanziale della nostra Costituzione. Occorre intendersi, in proposito. La Costituzione per valori, dai cui si evince un *Menschenbild*³¹, in grado di generare effetti sociali, nel contempo, d'inclusione e di esclusione³² (Zagrebelsky), necessita per la sua effettività dell'allineamento di una serie di variabili, non soltanto di estrazione giuridica. Si richiede, innanzitutto, un atteggiamento mentale e culturale anche da parte degli attori della vita politica e sociale che muova da un riconoscimento e da una condivisione dei valori recati dalla stessa Carta fondamentale. Tale atteggiamento deve tradursi ad opera dei soggetti politici in una domanda politica rinnovata, ad opera delle istituzioni pubbliche -di estrazione democratica ma anche giurisdizionale- nella realizzazione di tale domanda in atti coerenti di decisione politica. Tanto, non deve indurre all'equivoco di un'esegesi certa ed obiettiva di diritti e principi costituzionali a livello giurisprudenziale,

²⁹ Sul valore della dignità della persona, v. per tutti F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011, 109 ss.; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo - geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, 65 ss.; E. DENNINGER, *Menschenrechte, Menschenwürde und staatliche Souveränität* (2000), ora anche in ID., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin 2005, 305 ss.

³⁰ In questa prospettiva, del tutto ingiustificato e, perciò, illegittimo appare l'ipotesi di un prolungamento della dichiarazione dello stato di emergenza, che finirebbe quasi per strutturare una condizione di eccezionalità che, nella sua indispensabile limitatezza temporale, trova un presidio di giustificazione. Sul punto, si rinvia alle lucidissime considerazioni di D. TRABUCCO, C. DELLA GIUSTINA, *Sulla possibile proroga dello Stato di emergenza*, in Dirittifondamentali.it, 2020.

³¹ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung* (1985), ora anche in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, 58 ss.

³² Conforme, v. G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007, 94 ss.

ciò che - come spiega bene anche *Kelsen* - assume i connotati di una pretesa impossibile. Nondimeno, ciò che non può essere soggetta a ripensamenti o, peggio ancora, a rinnegamenti è il consenso prestato alla trama assiologica complessiva che la Costituzione esprime nell'equilibrio di diritti e interessi concorrenti in essa delineati. Il richiesto allineamento, a ben vedere, traduce in un'ultima analisi il senso proprio dell'accordo secondo il tradizionale approccio contrattualistico³³ ed appare, perciò, la condizione indefettibile della praticabilità di una Costituzione per valori.

La speranza che scaturisce da tale condizione è, sul piano del metodo, un affinamento e consolidamento degli standard di razionalità/proporzionalità³⁴ che sottendono l'attività di bilanciamento tra diritti confliggenti, muovendosi comunque dalla certezza che l'integrità della Costituzione e la garanzia della sua forza regolatrice sta, più che nella prefigurazione di "un" custode istituzionale, nella stessa complessità dell'assetto organizzativo pluralista, ove il sistema di organi e poteri chiamati, ciascuno per la propria sfera di attribuzioni, a determinare i contenuti della Carta assurge, per ciò stesso, a garante di quest'ultima³⁵. Così, ad es., l'affermazione a volte secca, in alcune sentenze, della prevalenza del diritto alla vita sugli altri interessi e/o diritti concorrenti in quanto non trova alcuna obiettiva giustificazione nelle prescrizioni della Legge fondamentale né, tanto meno, appare senz'altro deducibile dall'esaltazione del suddetto *Menschenbild* costituzionale non può che ricondursi alla volontà specifica dell'organo giudicante maturata, di volta in volta, anche in base alla precomprensione del caso specifico. Di conseguenza, non può sorprendere né mostrarsi in sé irragionevole che tale diritto, in altre circostanze, risulti soccombente rispetto alla prevalenza di istanze concorrenti, quale, ad es., quella connessa all'autodeterminazione individuale o alla tutela della dignità umana. Non è un caso ed, anzi, suona conferma della consistenza politica della decisione giurisprudenziale, che nella più recente giurisprudenza costituzionale il diritto/principio all'autodeterminazione individuale abbia finito per essere considerato, in un caso, senz'altro prevalente sulla tutela del diritto alla vita o alla salute, fino a legittimarsi un diritto al suicidio assistito³⁶ o all'interruzione di ogni trattamento sanitario per esclusiva volontà del singolo interessato³⁷. In altri casi, l'intento di autodeterminarsi non risulta per sé sufficiente a legittimare condotte ritenute comunque in qualche modo indotte in quanto praticate da cd. "soggetti deboli"³⁸.

L'effettività di orientamenti a geometrie variabili del legislatore come anche della giurisprudenza circa l'equilibramento di beni e interessi tutelati dalla Costituzione conferma, in ultima analisi, l'esistenza di un insuperabile dinamismo come tratto specifico dell'esperienza pluralista dello Stato costituzionale democratico che si modella sovente in relazione a specifiche circostanze di tempo, di luogo e di singole fattispecie. Quanto detto, rivela tra l'altro e più in generale l'irragionevolezza di ogni pretesa di definire in senso statico una gerarchia dei valori costituzionali. Di contro, a riuscire esaltata è, invece, la struttura aperta dal punto di vista assiologico e funzionale della Carta repubblicana³⁹ che consente di volta in volta di ricercare all'interno del complesso delle previsioni

³³ ...sui cui fondamenti, anche filosofici, v. al riguardo anche W. KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt, 2005, part. (per i fondamenti generali) 19 ss.

³⁴ Sull'importanza per il giurista del criterio della proporzionalità per valutare le limitazioni poste all'esercizio dei diritti fondamentali, v. ancora U. DI FABIO, *An der Grenze der Verfassung*, cit..

³⁵ Sulla natura al tempo stesso ricognitiva e creatrice della Costituzione, v. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., 100 ss.; A. MERKL, *Das doppelte Rechtsantlitz* (1918), ora anche in H.R. KELCATSKY, R. MARCIC, H. SCHAMBECK (Hrsg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Wien, 2010, 893 ss. Sulla società aperta degli interpreti, v. per tutti P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *JuristenZeitung*, 1975, 297 ss.

³⁶ In tema, con riferimento specifico al cd. "caso Cappato", v. anche A. RUGGERI, [Fraitendimenti concettuali ed uso 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 2019/I](#), 93 ss., nonché ID., [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), [ivi 2018/II](#), 392 ss.

³⁷ [Corte cost., sent. n. 242/2019](#) (in tema di aiuto al suicidio).

³⁸ [Corte cost., sent. n. 141/2019](#) (sul favoreggiamento della prostituzione).

³⁹ Cfr. Ancora U. VOLKMANN, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, 41 ss. (che sottolinea peraltro la necessaria corrispondenza tra la *Gerechtigkeit*, quale valore costituzionale e l'idea di giustizia radicata nei cittadini che pertanto devono avvertire la Costituzione come "propria": 43); M. MORLOK, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie ?*, Berlin, 1988, part. 91 ss.

costituzionali i parametri idonei ad avallare argomentazioni e giustificare bilanciamenti senza pregiudicare, in ogni caso, la coesione e l'unità del sistema ordinamentale.

Il contesto pluralista della Costituzione di cui si è detto finisce, così, per far dipendere la determinazione dei caratteri dello Stato democratico da una specifica teoria (soggettiva) della società⁴⁰. Così, se in alcune prospettazioni è il flusso pluralista della comunicazione pubblica ad essere inteso quale fattore della suddetta coesione e unità sociale⁴¹, la prevalenza assoluta della tutela della vita e della salute è parsa assurgere a fattore contingente della suddetta coesione, riconducibile ad una percezione teoretica della società dove l'unità e la stessa coesione sociale più che ad una specifica "attiva pubblicità politica" ("*lebendige politische Öffentlichkeit*")⁴² si fanno risalire, , nella fase dell'emergenza, alla conservazione dell'identità soggettiva della comunità, oltre che delle strutture pubbliche di aiuto sociale.

In quest'ottica, anche la prevenzione in campo sanitario si atteggia a strumento funzionale all'obiettivo ultimo di preservazione dell'unità e coesione sociale attraverso, in particolare, il mantenimento dell'efficienza funzionale dei poteri pubblici nel campo dell'assistenza sanitaria⁴³.

La risposta all'interrogativo ultimo kantiano tende, dunque, a stemperarsi in una serie di risposte parziali ed integrate che includono anche il tema, innanzi adombrato, della problematica coesistenza di modelli democratici assiologicamente distinti e concorrenti, come innanzi si è cercato di dire (v. *supra*). La tensione tra democrazia parlamentare intesa come soluzione organizzativa per la compensazione degli interessi politici sulla base di un principio di autodeterminazione collettiva⁴⁴; e democrazia identitaria, protesa alla tutela dell'identità di una comunità omogenea⁴⁵, si risolve così in una dinamica compatibilità di espressioni diverse dei processi di decisione politica. Si fa incalzante, allora, sulla base delle consapevolezze che l'esperienza presente ha consentito di acquisire, l'aspettativa di una riflessione accurata e di un confronto serio e costruttivo tra le forze politiche su un possibile riassetto organizzativo della forma di Stato e di governo in una direzione che ,oltre a lasciar recuperare, in qualche forma, significato ed efficienza all'azione politica delle Camere rappresentative esalti il giusto equilibrio tra istanza autonomistica e istanza centralistica, nel contesto dell'unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.)⁴⁶, anche ai fini della migliore realizzazione del principio di solidarietà (art. 2 Cost.).

All'azione della politica, ispirata ai meccanismi della democrazia deliberativa⁴⁷ ed alla quale, pertanto, reca un apporto non marginale il flusso della comunicazione pubblica, deve chiedersi di avviare passi decisi su questa via rilanciando l'importanza del confronto che induca, in fine, a risposte ragionevoli alle aspettative maturate, risposte che anche la scienza giuridica può in qualche modo concorrere ad incoraggiare ma che spetta in primo luogo alle Assemblee elettive di definire.

Una speranza, quest'ultima, che per il singolo è lecito coltivare, per le istituzioni dello Stato democratico è doveroso perseguire.

⁴⁰ U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998, 66.

⁴¹ Una prospettiva di tal genere, anche se con riferimento specifico alla libertà di comunicazione, è presente in J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4. erw. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, 435 ss..

⁴² U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, cit., 69, ancora richiamando il pensiero di J. Habermas, *op. cit.*

⁴³ ...come più volte messo in evidenza anche nelle sentenze del Tribunale costituzionale federale o di altri giudici amministrativi tedeschi.

⁴⁴ Sulla critica alla nozione di popolo, v. in particolare H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. (1929), ora anche in ID., *Verteidigung der Demokratie* (Hrsg. VON M. JESTAEDT, O. LEPSIUS), Tübingen, 2006, 149 ss. (part. 164 ss.).

⁴⁵ C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus*, 8. Auf., Berlin, 1996, 22.; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, unveränd. Nachdruck erster Auflage (1928), Berlin, 1970, part. 204 ss.

⁴⁶ Peralto, con riguardo alle problematiche connesse all'esperienza del (troppo) frequente ricorso al potere di ordinanza da parte di Presidenti di Regione e Sindaci, v. anche M. BORGATO, D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti costituzionali*, in Dirittifondamentali.it, Attualità, 2020.

⁴⁷ Così J. HABERMAS, *op. cit.*. Sui caratteri della democrazia deliberativa di Habermas, v. anche I. KRUSPEL, *Legitimität in modernen Demokratie*, Norderstedt, 2006, part. 5 ss.

Giuseppe Campanelli
Carta sociale europea e CEDU:
rapporto tra parametri e puntualizzazione delle differenze* **

ABSTRACT: *This paper aims to analyze the relationship between the European Social Charter and the ECHR, starting from the recent jurisprudence of the Constitutional Court. Specifically, the study focuses on the difference in the application of these sources, mainly due to a not identical qualification of the parameters, and provides several perspectives on the role of the Constitutional Court.*

SOMMARIO: Premessa: *un albero, un libro, un figlio ...* e trovare una cosa su cui non ha ancora scritto il Prof. Ruggeri. – 1. L'emersione della Carta sociale europea come fonte interposta ai fini della risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale. – 2. La posizione della Corte costituzionale sulla natura parametrica di un atto sovranazionale (la Carta sociale europea) distinto dalla CEDU. – 3. Carta sociale europea e CEDU: le differenti prospettive applicative. – 4. In via conclusiva: le puntualizzazioni proposte con la [sentenza n. 194/2018](#) e i sintomi di una ulteriore tendenza della Corte costituzionale all'accentramento.

Premessa: un albero, un libro, un figlio ... e trovare una cosa su cui non ha ancora scritto il Prof. Ruggeri.

Avere il piacere e l'opportunità di partecipare agli scritti in onore del Prof. Ruggeri mi ha permesso, non solo di scrivere un piccolo contributo, ma anche e soprattutto mi ha concesso di ricordare e di poter fissare in queste poche righe quanto il Professore abbia contribuito alla mia crescita scientifica e quanto ancora continui a farlo nelle tante (ora minori...) occasioni di incontro.

Ho voluto rammentare nel titolo di questa premessa "personale" l'affermazione che, sono sicuro, non solo io, ma tutti i giovani studiosi della nostra area, una volta iniziata l'attività di ricerca e quindi il dottorato, hanno ascoltato dal Professore. «Nella vita, ricordati, bisogna fare tre cose: piantare un albero, scrivere un libro e avere un figlio».

Tale lapidaria frase si è poi, nel corso degli anni, trasformata in una domanda, anche, ricorrente e, siccome è nota la memoria del Professore, a seconda delle occasioni è cambiato, nel porre la questione, l'ordine delle cose da fare (rimane tra me e lui l'ordine che, nel mio caso, per diverso tempo non si è modificato...).

Sono sicuro di non essere un privilegiato da questo punto di vista, perché sono convinto che la medesima sensazione accomuna tantissimi colleghi che oggi partecipano a questi Scritti.

Il mio privilegio, se esiste, credo sia indiretto e cioè è alimentato dalla fortissima e fraterna amicizia che lega il prof. Ruggeri e il mio Maestro, poiché ciò mi ha consentito e tuttora mi permette di incontrarlo e ascoltarlo tantissime volte.

Ciò di cui lo ringrazio davvero è che questa interlocuzione non è stata mai unidirezionale perché uno dei tratti caratteristici del Professore Ruggeri è quello di informarsi sempre su come vanno le cose dal punto di vista personale (il famoso «Caro Beppe, come te la passi?») e su cosa si sta approfondendo e scrivendo, sempre pronto a fornire un suggerimento, una recentissima indicazione bibliografica o, come piace a lui, una obiezione e una contro obiezione.

Al momento di dover scegliere su cosa offrire un piccolo contributo in suo onore, mi sono chiesto se sia possibile trovare un profilo su cui il Professore non abbia scritto così da aggiungerlo, se del caso, alle cose da fare nella vita. Effettivamente è praticamente impossibile scoprire un aspetto che il Professore, nella sua produzione scientifica, non abbia anche latamente lambito.

Quello che ho provato a elaborare è, dunque, solo un'occasione di riflessione che mi permetto di proporli.

* Scritto pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

** Scritto destinato agli Studi in onore di Antonio Ruggeri

*Il tema della CEDU, nelle sue innumerevoli sfaccettature, è una materia su cui il Professore ha scritto tantissimo, proponendo diversi approcci e sempre nuove prospettive. Il tema del rapporto tra CEDU e Carta sociale europea è un profilo sicuramente più specifico che è stato comunque preso in considerazione dal Professore**, ma che spero possa interessarlo.*

Un ultimissimo pensiero.

Caro Professore, il suo pensionamento, quale occasione di questi Scritti in suo onore, mi consentono di chiederle scusa per un episodio di circa venti anni fa che, ciclicamente, lei mi ricorda con grandissima ironia e con grande benevolenza nei miei confronti, considerata la gaffe che feci in quell'occasione.

Eravamo in Piazza dei Cavalieri, una bella mattina pisana. Mi scuso se, in quell'occasione, mi permisi di ipotizzare e anticipare di tanto il suo pensionamento.... non era davvero mia intenzione!

1. L'emersione della Carta sociale europea come fonte interposta ai fini della risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale.

Un aspetto che consente un particolare approfondimento, alla luce di alcuni rilevanti orientamenti giurisprudenziali, in relazione alla tecnica dell'interposizione nella risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale, è quello che ha registrato l'adozione delle prime decisioni, da parte della Corte costituzionale, dalle quali è emerso l'utilizzo, ai fini dell'integrazione del parametro, della Carta sociale europea (d'ora in avanti CSE), analogamente a quanto riservato finora alla CEDU.

Si tratta, in particolare, di una riflessione a partire dalle note [sentenze nn. 120/2018](#) e [194/2018](#), con la prima decisione che ha delineato i punti essenziali della nuova apertura e la seconda che si è limitata a farvi rinvio, salvo che per alcuni aspetti peculiari che saranno di seguito analizzati.

La CSE, firmata a Torino nell'ambito del Consiglio d'Europa, è entrata in vigore nel 1965. Successivamente, nel 1996, è stata sottoposta a revisione e ha assunto i contenuti recepiti in Italia per mezzo della legge 9 febbraio 1999, n. 30¹.

In quest'occasione, la CSE è stata munita anche di un Protocollo addizionale che ha previsto l'introduzione di un sistema di reclami collettivi. Malgrado le intenzioni, tese ad una sua progressiva assimilazione alla CEDU, la CSE, anche a causa di una serie di fattori legati alla sua cogenza e agli strumenti giurisdizionali per la sua attuazione, è sempre stata collocata in una posizione sostanzialmente subalterna rispetto alla più "matura" Carta sui diritti², con dei risvolti che hanno investito anche il suo utilizzo nei giudizi di costituzionalità³.

Questa non è la prima occasione in cui una disposizione della CSE viene richiamata nel giudizio di legittimità costituzionale, ma, come è stato osservato, si tratta della prima circostanza in cui «la Carta non rimane confinata sullo sfondo della motivazione, ma balza in primo piano»⁴, integrando in maniera "quasi" analoga alla CEDU il parametro.

** È lo stesso Professore ad affermare che sulla Carta sociale europea «si è avuta una importante pronuncia recente del giudice delle leggi, la [sent. n. 120 del 2018](#), le cui implicazioni di ordine istituzionale non sono state, a mia opinione, fino in fondo indagate»: così, appunto, in [Corte costituzionale, corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile](#), in questa [Rivista](#), 2018/III, 548 ss., spec. 552.

¹ Per un inquadramento di sistema sulla materia v. C. PANZERA - A. RAUTI - C. SALAZAR - A. SPADARO (cur.), *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, 2017.

² Per una ricognizione sulle posizioni che hanno rilevato la collocazione "subalterna" della CSE rispetto alla CEDU si veda G.E. POLIZZI, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018*, in [Federalismi.it](#), 4/2019, 4.

³ Per una ricostruzione più approfondita sul limitato uso "processuale" della CSE nel giudizio di legittimità costituzionale si veda B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in [Federalismi.it](#), 17/2017.

⁴ Così C. SALAZAR, *La Carta sociale europea nella sentenza n. 120 del 2018 della Consulta: ogni cosa è illuminata?*, in *Quad. cost.*, 2018, 905.

Prima della [sentenza n. 120/2018](#), infatti, non era mancata occasione in cui la CSE fosse evocata dalla Corte o addirittura venisse utilizzata come parametro interposto da parte di un giudice rimettente⁵, tuttavia, si può affermare che questa sia stata la prima volta in cui di essa si sia fatto un uso «“consapevole e circostanziato”, fornendo finalmente alla Corte l’occasione concreta per esprimersi in ordine all’*an* ed al *quomodo* dell’idoneità della Carta sociale europea ad assurgere a parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale»⁶.

2. La posizione della Corte costituzionale sulla natura parametrica di un atto sovranazionale (la Carta sociale europea) distinto dalla CEDU.

Con la [sentenza n. 120/2018](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 1475, comma 2, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, nella parte in cui prevede che i militari «non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali», invece di stabilire che «possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; [ma] non possono aderire ad altre associazioni sindacali». Per il profilo che in questo momento interessa, prescindendo dai parametri interni, l’illegittimità è dichiarata accogliendo la censura prospettata per la duplice violazione di un parametro interposto rispetto all’art. 117, comma 1, Cost., ossia perché la summenzionata disposizione si poneva in contrasto con l’art. 11 CEDU – che protegge la libertà di riunione e associazione – nonché con l’art. 5 CSE – relativo ai diritti sindacali.

Analogamente, con la [sentenza n. 194/2018](#) la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (relativo al contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti), limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», oltre che in ragione di una pluralità di parametri interni violati (che avrebbero potuto esplicitare anche un effetto assorbente rispetto al parametro interposto sovranazionale), anche per l’indiretta violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., in rapporto all’art. 24 CSE – relativo proprio al diritto alla tutela in caso di licenziamento.

Tralasciando in questa sede i pur interessanti aspetti di merito⁷, è opportuno soffermarsi sugli importanti spunti che la giurisprudenza costituzionale dell’ultimo periodo ha fornito circa la natura

⁵ La CSE aveva avuto, nell’ambito del giudizio di legittimità costituzionale, un uso molto limitato, svariando dall’utilizzo quale mero supporto argomentativo al richiamo quale norma interposta integrante il parametro da parte del giudice *a quo*, senza che ciò trovasse riscontro nelle pronunce delle Corte che avevano per lo più assorbito le censure sollevate sotto questo profilo oppure, mediante decisioni di inammissibilità, non avevano fornito una risposta nel merito sul punto. Ad esempio, si possono riscontrare casi, come quello della [sentenza n. 30/1990](#), in cui il riferimento alla CSE non è fatto in funzione parametrica, ma riportandola come semplice strumento di interpretazione della legge suggerito dalle parti del giudizio *a quo*; analogamente, la [sentenza n. 178/2015](#), nella quale il richiamo alla CSE è ripreso esclusivamente dalle memorie di intervento delle parti del giudizio. Ci sono stati, poi, casi in cui la CSE è stata utilizzata ai fini dell’integrazione del parametro, ma la tipologia di decisione adottata non ha consentito l’apprezzamento di tale profilo, come nel caso della [sentenza n. 80/2010](#), che accoglieva la questione sotto altri profili assorbendo il possibile parametro sovranazionale, o dell’[ordinanza n. 434/2005](#) che ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione. Vanno, infine, rilevati casi in cui la CSE è stata utilizzata soltanto come strumento argomentativo (analogamente a quanto la Corte ancora fa in alcune circostanze con la CEDU), tra questi la [sentenze n. 163/1983](#) e la [n. 46/2000](#), relativa all’ammissibilità di un referendum abrogativo. Per maggiori dettagli al riguardo G.E. POLIZZI, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale*, cit., 3 s.

⁶ L. MADAU, *Il parametro “esterno” offusca il parametro “interno”*. Note a margine della sent. n. 120 del 2018 della Corte costituzionale, in *Dir. soc.*, 2019, 334.

⁷ Sul punto si ricorda che R. ROMBOLI, nella nota di richiami alla [sent. n. 120/2018](#), in *Foro it.*, 2018, I, 2581 ss., ha identificato la pronuncia come una «decisione “assai” creativa», rimarcando «la natura altamente “politica”» della stessa. Più in generale, sul tema v. ID., *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, Torino, 2017, 1 ss.

parametrica interposta di un atto sovranazionale distinto dalla CEDU, per la quale, invece, era già dato rinvenire strumenti collaudati, affinati nel corso del tempo ad opera del Giudice delle leggi.

A delineare i punti essenziali circa il nuovo utilizzo della CSE nel giudizio di legittimità costituzionale è la [sentenza n. 120/2018](#).

Preliminarmente la Corte chiarisce che la CSE non possa essere definita alla stregua di qualsiasi trattato internazionale, ma si caratterizza per una “spiccata specialità” rispetto ai normali accordi internazionali. Questa specialità deriverebbe dalla particolare natura della CSE che dovrebbe, per certi versi, essere assimilata a quella della CEDU.

È vero che, come la Corte ha modo di specificare meglio nella sua decisione, la CSE non possa essere in tutto e per tutto equiparata quanto ad effetti alla CEDU, ma ciò non toglie che abbia in comune con essa il carattere di vincolo per lo Stato aderente che ne impone il rispetto⁸. Inoltre, al pari della CEDU, si caratterizza per una impostazione sostanzialmente costituzionale, diretta alla implementazione dei diritti sul versante sociale.

Come la stessa sentenza riconosce, mentre la CEDU «ha inteso costituire un “sistema di tutela uniforme” dei diritti fondamentali civili e politici ([sentenza n. 349 del 2007](#)), la Carta ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d’Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell’uomo».

L’assimilazione alla CEDU non si arresta al semplice piano “strutturale”, ovvero quello di Carta deputata all’affermazione dei diritti, ma si estende anche a quello dell’efficacia. Senza lasciar spazio a fraintendimenti la Corte, infatti, afferma che le caratteristiche della CSE ne consentono l’assimilazione alle fonti internazionali cui si riferisce l’art. 117, comma 1, Cost. Analogamente alla CEDU, quindi, «essa è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice comune ma richiede l’intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell’art. 117 Cost., della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta».

Questa identificazione rispetto alla CEDU apre anche ad una ulteriore, interessante considerazione, ovvero la possibilità di inserire tali decisioni in un percorso di progressivo accentramento del giudizio di legittimità costituzionale in capo alla Corte⁹. Il riconoscimento della idoneità ad integrare il parametro di costituzionalità per la CSE, infatti, sembra ricondurla (con le ulteriori precisazioni che si vedranno) sotto il “dominio” della Corte costituzionale, unico soggetto abilitato a sindacare la violazione da parte della legge nazionale.

Un secondo aspetto che concerne sempre la “struttura” della CSE attiene alla formulazione delle sue disposizioni e pare riprendere una categorizzazione antica, quella della distinzione tra norme “precettive” e “programmatiche”. Le norme della CSE, secondo la Corte, sarebbero per lo più formulate come “affermazione di principi ad attuazione progressiva”, le quali necessitano una attenta verifica sui modi e sui tempi della loro attuazione. Tuttavia, ciò non varrebbe in ogni caso, dato che vi sarebbero alcune disposizioni formulate in modo sufficientemente puntuale, e questo sarebbe proprio il caso della disposizione dell’art. 5 CSE richiamato ad integrare il parametro dell’art. 117, comma 1, Cost.¹⁰.

⁸ Sostiene I. TRICOMI, *Complementarietà tra CEDU e Carta sociale europea: principi costituzionali, parametri europei, proporzionalità e ruolo dei giudici. Il caso della libertà sindacale dei militari*, in [Diritto pubblico europeo rassegna online](#), giugno 2018, 10, che «la mancanza di una competenza interpretativa esclusiva del Comitato sociale europeo, non esclude, tuttavia, che sussista per ogni Stato l’obbligo giuridico primario di garantire l’attuazione alle disposizioni convenzionali accettate».

⁹ Nel senso della lettura in chiave “accentratrice” si veda A. RUGGERI, [Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress](#), cit. Lascia aperta la possibilità di una lettura maggiormente “dialogica” E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2019, 139.

¹⁰ G.E. POLIZZI, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale*, cit., 12, ricava dalle argomentazioni della Corte il dato per cui andrebbe fatta una distinzione tra le norme della CSE

In una prospettiva di piena valorizzazione della CSE come fonte interposta desta qualche ulteriore riflessione lo “strumento” di cui la Corte si serve per giustificare il suo richiamo in quanto norma “sufficientemente puntuale”. Parrebbe, infatti, porsi uno stretto legame tra CSE e CEDU, nella misura in cui la violazione possa essere giustificata dal fatto che la disposizione della CSE, utilizzata ai fini dell’integrazione del parametro, abbia un contenuto sostanzialmente coincidente con quello di una disposizione affine della CEDU, anch’essa richiamata quale norma interposta nel medesimo giudizio.

3. Carta sociale europea e CEDU: le differenti prospettive applicative.

La differenza di maggior rilievo tra CSE e CEDU emerge, però, in un punto successivo della decisione, quando la Corte passa da un piano “positivo” ad uno maggiormente calibrato su una prospettiva “applicativa” delle disposizioni dei trattati internazionali.

Un dato sufficientemente stabile nella giurisprudenza costituzionale è quello secondo cui le disposizioni della CEDU sono vincolanti per il giudice nazionale nel significato che assumono secondo l’interpretazione fornita dalla Corte EDU, in particolare quando le decisioni di quest’ultima hanno un certo grado di stabilità (si pensi alla giurisprudenza “consolidata”). La *ratio* dialogica e di rispetto delle rispettive prerogative ha condotto la Corte costituzionale a riconoscere alla Corte di Strasburgo il ruolo di interprete esclusivo del significato delle disposizioni convenzionali, posto che al Giudice delle leggi spetterà effettuare un bilanciamento rispetto agli altri parametri costituzionali nel momento in cui la disposizione convenzionale proceda ad integrare il parametro, ma non potrà attribuire alla CEDU un significato diverso da quello emergente dalla giurisprudenza europea¹¹.

Per una serie di argomenti “testuali” la Corte costituzionale ha ritenuto che il suddetto vincolo interpretativo non sussiste nel caso della CSE, essenzialmente in ragione del meccanismo di controllo che la stessa prevede. La Corte, infatti, osserva che nella CSE e nel suo Protocollo addizionale mancano disposizioni analoghe a quelle previste dalla CEDU sia in relazione all’estensione della competenza della Corte (in tal caso del Comitato), sia in ordine alla vincolatività delle decisioni per gli Stati aderenti. La CEDU contiene due disposizioni specifiche, l’art. 32 e l’art. 46 che rispettivamente prevedono che «la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte a essa» e che «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti». Come noto, dal combinato tra queste due norme deriva che le decisioni della Corte di Strasburgo sono vincolanti per gli Stati aderenti, i quali sono quindi tenuti a conformarsi alle interpretazioni dalla stessa fornite delle disposizioni convenzionali, anche nel caso in cui siano gli organi giurisdizionali nazionali ad essere chiamati in causa.

A monte, pertanto, vi sarebbe la considerazione che, mentre non vi sono dubbi sul fatto che la Corte EDU sia a tutti gli effetti un organo giurisdizionale, più di una perplessità è stata avanzata sul riconoscimento della medesima natura al Comitato¹², l’organo cui la CSE (*rectius* il Protocollo

programmatiche e quelle puntuali. Soltanto queste ultime sarebbero idonee ad integrare il parametro di costituzionalità. Tale dato pare essere suffragato dall’equiparazione che la Corte opera sul piano dei contenuti con omologhe disposizioni della CEDU. Tuttavia, va osservato che la [sentenza n. 120/2018](#) non esclude espressamente le disposizioni programmatiche dall’integrazione del parametro, piuttosto ciò pare evincersi dal fatto che esse hanno bisogno dell’intervento del legislatore per determinare i tempi e i modi di attuazione.

¹¹ È il caso dell’importante approdo giurisprudenziale raggiunto dalla Corte costituzionale con la nota [decisione n. 49/2015](#) e poi nuovamente confermato con decisioni più recenti, tra le quali si segnala soprattutto la [sentenza n. 25/2019](#).

¹² In dottrina è stato sottolineato come il Comitato sia un organo sprovvisto di natura giurisdizionale o, al più, valorizzando alcuni suoi requisiti di indipendenza, “quasi-giurisdizionale”. Già la sua composizione deporrebbe in tal senso, essendo composto da 15 membri nominati da un organo politico, quale il Comitato dei Ministri, e seguendo una procedura sommaria, solo parzialmente sovrapponibile ad una giurisdizionale. G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 9/2018, 3. D’altra parte, la dubbia natura giurisdizionale del Comitato non era sfuggita nemmeno al giudice rimettente, consapevole della difficoltà di replicare per quest’ultimo il medesimo vincolo

addizionale) espressamente devolve il controllo sull'attuazione della Carta e la decisione dei reclami collettivi¹³.

Proprio la carenza dei requisiti tipici di un vero e proprio organo giurisdizionale sovranazionale, quale la Corte EDU, induce al Corte costituzionale a differenziare in parte il trattamento della CSE rispetto alla CEDU, non tanto dal punto di vista del parametro – in quanto anche la CSE è ritenuta idonea ad integrarlo a pieno titolo – quanto piuttosto sul piano del vincolo ermeneutico che le pronunce dei rispettivi organi di controllo sono in grado di dispiegare sul piano interno, sia verso il giudice costituzionale sia verso i giudici comuni.

Per questa ragione la Corte ritiene che per le decisioni del Comitato non possano trovare applicazione i criteri ampiamente consolidati a partire dalle “sentenze gemelle” ([nn. 348 e 349 del 2007](#)), secondo cui la giurisprudenza della Corte EDU costituisce il “diritto vivente” della CEDU, tale che la verifica di costituzionalità condotta in ordine alla sua violazione dovrà far riferimento al significato che le sue singole disposizioni assumono nell'interpretazione fornita dalla Corte europea e non alla loro mera portata letterale.

Anche se le decisioni del Comitato non possono essere trascurate del tutto – soprattutto in ragione dell'autorevolezza dell'organo deputato al controllo sull'applicazione della CSE – da queste non può discendere alcun vincolo interpretativo per il giudice nazionale, ammettendosi soltanto, come sembra emergere, che le stesse possano essere utilizzate come valido supporto argomentativo, ma alla condizione che abbiano un contenuto corrispondente a quello già recepito in altri principi costituzionali (come confermato anche dalla successiva [sentenza n. 194/2018](#))¹⁴. In questo modo la Corte costituzionale sembra garantirsi un “ampio margine di manovra” ermeneutico, ben più esteso di quello che essa possiede quando “maneggia” le disposizioni della CEDU in funzione parametrica, che sposta dalle Corti sovranazionali alla Corte nazionale il ruolo di interprete della CSE¹⁵. Parafrasando il senso del percorso argomentativo della dottrina ermeneutica delle “sentenze gemelle” parrebbe che la CSE sia idonea ad integrare il parametro di costituzionalità, ma non nel significato ad essa attribuita dal Comitato, bensì nel significato che assume nella prospettiva della Corte costituzionale (secondo una lettura orientata dai principi costituzionali interni).

4. *In via conclusiva: le puntualizzazioni proposte con la [sentenza n. 194/2018](#) e i sintomi di una ulteriore tendenza della Corte costituzionale all'accentramento.*

La successiva [sentenza n. 194/2018](#) non si discosta dalla prima decisione, seppur con alcune precisazioni che richiedono qualche riflessione ulteriore e conclusiva. Per quanto concerne l'idoneità della CSE ad integrare il parametro di costituzionalità, la Corte, nella più recente occasione, si limita a rinviare a quanto statuito in precedenza. Ciò che, almeno all'apparenza cambia, sta in una leggera apertura all'utilizzo delle decisioni della CSE in funzione interpretativa e in una maggiore autonomia di contenuti delle disposizioni CSE.

interpretativo prodotto dalle sentenze della Corte EDU per il giudice nazionale. L. MADAU, *Il parametro “esterno” offusca il parametro “interno”*, cit., 334.

¹³ Osserva I. TRICOMI, *Complementarietà tra CEDU e Carta sociale europea*, cit., 8 s., che la CSE non prevede un sistema di controlli ad iniziativa del singolo, piuttosto essi sono attivati tramite reclami collettivi. Questi reclami sono sottoposti ad un filtro preliminare di ammissibilità e, in caso di esito positivo, possono passare all'esame nel merito da parte del Comitato. Quest'ultimo non adotta una sentenza, ma un semplice rapporto, trasmesso al Comitato dei Ministri il quale, ove accertata una insoddisfacente attuazione della CSE, può adottare una raccomandazione rivolta alla Parte contraente, la quale è tenuta ad adottare misure adeguate alla attuazione corretta della CSE.

¹⁴ Per tale ragione la Corte ha ritenuto non vincolante l'interpretazione dell'art. 5 CSE, invocato ad integrare il parametro, fornita dalla decisione del Comitato europeo dei diritti sociali il 27 gennaio 2016 e pubblicata il 4 luglio 2016, *Conseil Européen des Syndicats de Police (CESP) contro Francia*.

¹⁵ E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., 140.

Sotto questo secondo profilo, infatti, le disposizioni della CSE sono valutate autonomamente dalla CEDU. Nella [sentenza n. 120/2018](#) era stata evidenziata la sostanziale coincidenza di contenuto tra la norma invocata e un'omologa disposizione della CEDU. Tale parallelismo nel caso più recente scompare e la norma CSE sembra essere valutata secondo una sua autonoma portata.

L'aspetto di maggior rilievo attiene, però, al significato in parte diverso che assumono le decisioni del Comitato nella giurisprudenza della Corte. Mentre nella [sentenza n. 120/2018](#) questa aveva escluso che una decisione di segno contrario del Comitato potesse vincolarla nell'interpretazione da dare alla norma CSE, nel caso in esame la Corte rinviene in una decisione del Comitato una posizione armonica rispetto ai principi costituzionali e, pertanto, la richiama a supporto della propria dichiarazione di illegittimità. Ciò non toglie che, per quanto la precisazione possa essere interessante, non vale a mutare l'approccio della Corte rispetto alle decisioni del Comitato; queste ultime restano pur sempre non idonee ad ingenerare un qualsiasi vincolo interpretativo in capo alle Corti nazionali, potendo al più essere utilizzate a fini argomentativi, quando si pongono in linea con il dettato costituzionale (che la Corte valuta in prima battuta), o, per usare le parole del Giudice delle leggi, quando le disposizioni della CSE, così come interpretate dal Comitato, sono idonee a creare «un'integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite»¹⁶.

Sul piano dei rapporti tra Corti e tra Corte e giudici comuni si possono ricavare due significative osservazioni dalle decisioni in commento, entrambe accomunate da una potenziale tendenza “accentratrice” in capo alla Corte costituzionale¹⁷.

In primo luogo, quest'ultima conserva un dominio ermeneutico pressoché completo sulle disposizioni della CSE che non andranno intese secondo il “diritto vivente” del Comitato (proprio per la sua carente natura giurisdizionale), ma secondo il significato che il Giudice delle leggi loro attribuisce alla luce degli altri principi costituzionali che vengono in gioco.

In secondo luogo, il suddetto orientamento lascerebbe il giudice comune in una posizione più marginale nell'attuazione dei precetti sovranazionali, infatti, di fronte al dubbio sulla violazione della CSE, non sarebbe tenuto ad esperire un tentativo di interpretazione convenzionalmente orientata, ma dovrebbe limitarsi a rimettere la questione alla Corte cui spetterebbe in ultima istanza di accertarne l'incostituzionalità¹⁸.

¹⁶ Rileva G.E. POLIZZI, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale*, cit., 11, che le decisioni del Comitato, per quanto autorevoli, non hanno efficacia vincolante per la Corte, la quale potrà al più tenerle in considerazione ai fini della motivazione. Questo significa che la Corte costituzionale conserva il pieno controllo sull'interpretazione delle disposizioni della CSE, anche in mancanza di un organo giurisdizionale deputato *ad hoc* a garantirne l'osservanza. Una diversa valutazione sull'indirizzo appena aperto dalla Corte potrebbe aversi soltanto con l'introduzione di un apposito organo giurisdizionale che vigili sull'osservanza della CSE da parte degli Stati aderenti. Critica al riguardo è C. LAZZARI, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte Costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018*, in [Federalismi.it](#), 4/2019, 16 s., la quale ritiene che le decisioni del Comitato non possano essere degradate al piano di semplici opinioni non qualificate, in quanto queste «trovano fondamento in un trattato ratificato dall'Italia, le cui disposizioni, al pari di tutti i trattati regolarmente sottoscritti e accettati, sono giuridicamente vincolanti per il nostro ordinamento, e la cui corretta applicazione il Comitato è chiamato a garantire in ragione del mandato espresso a verificarne, sul piano giuridico, l'osservanza da parte degli Stati contraenti».

¹⁷ Da ultimo, v. proprio A. RUGGERI, *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, in G. CAMPANELLI – G. FAMIGLIETTI – R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Pisa 25 ottobre 2019, Napoli, 2020, 237 ss.

¹⁸ In questo senso v. E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., 140. Analogamente ad essa C. SALAZAR, *La Carta sociale europea nella sentenza n. 120 del 2018 della Consulta*, cit., 906. In senso contrario, invece, C. LAZZARI, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.*, cit., 13. L'Autrice ritiene che anche per la CSE debbano trovare applicazione i medesimi criteri interpretativi previsti per il contrasto tra diritto nazionale e CEDU. In questa direzione non potrebbe essere precluso al giudice comune di verificare preventivamente se non sia possibile attribuire alla norma interna un significato conforme alla norma della Carta sociale, questo anche perché sui giudici italiani graverebbe un vero e proprio obbligo di collaborare con il Comitato nella promozione della tutela dei diritti sociali.

Roberto Pinardi - Simone Scagliarini
**La durata del processo della Corte nei conflitti tra poteri dello Stato:
 spunti e riflessioni a partire da una ricerca empirica* ****

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyze the length's trend of the processes handled by the Constitutional Court, in the period among 1956 and 2019, addressing the focus on the conflicts between the different powers of the State. In this sense, the framework highlights that the Consulta has a wide discretion in time management, situation that, in abstract, could be considered as a defensive tool used to protect its legitimation in the overall system while, actually, represents a matter which overexposes the Constitutional Court to political issues (referring, in particular, to the cases in which the judges exploit the rules with self-assurance). This condition, that currently is largely in-use, is quite far from the model designed by the Constitution and generates risks that require a cautious evaluation. .*

SOMMARIO: 1. Premessa: tempo e giustizia costituzionale. – 2. Il quadro normativo di riferimento. – 3. I tempi di decisione della Corte: il metodo di ricerca utilizzato. – 4. I casi di maggiore durata del processo costituzionale. – 5. Le decisioni “lampo”. – 6. Riflessioni conclusive, allargando lo sguardo.

1. Premessa: tempo e giustizia costituzionale

La relazione tra tempo (nella sua accezione di strumento che scandisce i ritmi delle azioni umane) ed diritto (quale regola prescrittiva che conforma tale agire) è tema che da sempre attira l'attenzione di studiosi di vari settori (soprattutto: filosofico, sociologico e giuridico)¹.

Più in particolare, come ci è capitato di porre in evidenza in una precedente occasione², nello specifico campo del sapere giuridico che viene comunemente definito “giustizia costituzionale”, l'analisi del rapporto in parola ha dato luogo, accanto ad un filone principale di scritti dedicati all'indagine delle problematiche relative agli effetti temporali delle dichiarazioni d'incostituzionalità, ad alcuni contributi che si sono invece appuntati sui tempi di decisione della Corte costituzionale quale elemento interno al proprio giudizio³. Trattando, in tal modo, di una questione di non secondario rilievo costituzionale se è vero, da un lato, che tale tematica interseca problematiche di più ampio

* Contributo sottoposto a referaggio.

** Il presente lavoro è frutto di una ricerca empirica e di una riflessione comune agli Autori. Roberto Pinardi ha curato la stesura dei paragrafi 1, 2, 3 e 4; Simone Scagliarini la stesura dei paragrafi 5 e 6. Gli Autori ringraziano il Prof. Carlo Alberto Magni per il prezioso contributo fornito nell'analisi statistica dei dati

¹ Per un ampio affresco sul tema cfr. M. A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Dir. e soc.* 2014, spec. 508-513 ed Autori *ivi* richiamati. Per quel che concerne, più specificamente, la declinazione di tale tematica nel diritto costituzionale, si vedano le importanti riflessioni contenute nel pionieristico saggio di T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Giuffrè, Milano 1978, 783 ss.

² Il riferimento è a R. PINARDI - S. SCAGLIARINI, *I tempi del processo costituzionale nei conflitti tra Stato e Regioni: una ricerca empirica*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2016, 675-676.

³ Cfr. infatti, al riguardo – e senza pretesa di esaustività – S. SCAGLIARINI, *Il tempo della Corte. L'uso del fattore temporale nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale tra effettività e seguito della decisione*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, 197 ss.; ID., *La ragionevole lunghezza del processo costituzionale*, 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 svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007*, Giappichelli, Torino 2008, 469 ss.; ID., *Tempo del processo ed impatto delle decisioni della Consulta*, in M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 559 ss.; R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 2007, 76 ss. ed Autori *ivi* richiamati; cui *adde* F. RAIA, *La gestione dei tempi dei processi costituzionali*, in G. CAMPANELLI, F. DAL CANTO - E. MALFATTI - S. PANIZZA - P. PASSAGLIA - A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2010, 87 ss.; e R. PINARDI - S. SCAGLIARINI, *I tempi*, cit., 675 ss.

respiro⁴, che vanno dall'annoso dibattito sulla natura del processo costituzionale – e quindi sul grado di “prescrittività” della sua disciplina⁵ – alla stessa collocazione della Corte nella forma di governo (nonché, più in profondità, nella forma di stato); e dall'altro, sotto un angolo visuale più ristretto, che il tempo di una pronuncia costituzionale è in grado di incidere, in quanto tale, sia sul tenore dispositivo della stessa⁶ sia sul seguito che il *dictum* dell'organo garante della supremazia della Costituzione potrà ottenere in sede di concreta applicazione⁷.

Va detto, inoltre, che studi di quest'ultimo genere hanno riguardato, sinora, in maniera (quasi)⁸ esclusiva, il giudizio sulle leggi.

Questo fenomeno trova una sua logica spiegazione in rapporto alla competenza penale della Corte costituzionale e al giudizio che alla stessa è affidato in merito all'ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo. Giacché argomenti di non piccolo spessore sconsigliano, in effetti (se non impediscono del tutto) di intraprendere ricerche sui tempi di decisione dell'organo di giustizia costituzionale in quei settori: ci riferiamo, a tacer d'altro, nel primo caso alla presenza di un unico precedente – e non relativo, peraltro, ai giudizi su reati presidenziali – su cui basare le proprie riflessioni e nel secondo al fatto che il sindacato sulle richieste di ablazione popolare è solo una delle fasi in cui si articola l'*iter* referendario e come tale va quindi completato nel rispetto dei termini perentori che sono scanditi dall'art. 33 della l. n. 352 del 1970.

Altrettanto non può dirsi, tuttavia, in relazione al giudizio che la Corte effettua sui conflitti. Perché è vero, in senso contrario – e come avremo modo di vedere meglio tra un attimo a proposito dei conflitti interorganici⁹ – che, come nell'ipotesi del controllo sulle leggi, anche in questo caso la durata del processo costituzionale viene sostanzialmente demandata alla (piena) discrezionalità dei giudici della Consulta.

Ci siamo già occupati, in passato¹⁰, sotto il medesimo profilo, dei giudizi su conflitti tra Stato e Regioni o tra Regioni. Qui intendiamo, invece – sempre sulla base di una loro esaustiva ricognizione empirica – trattare dei tempi di decisione della Corte costituzionale nel caso di conflitti tra poteri dello Stato.

Prima di illustrare i risultati ottenuti dall'indagine che abbiamo condotto è necessario, peraltro:

a) ricostruire brevemente il quadro normativo di riferimento relativo ai termini previsti per lo svolgimento dei giudizi in questione;

b) esplicitare la metodologia utilizzata per la raccolta dei dati dalla cui analisi procederanno le nostre riflessioni.

⁴ Che non potranno, peraltro, essere oggetto di approfondimento in questa sede per evidenti ragioni di economia dello scritto.

⁵ In tema cfr., volendo, R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.* 2019, spec. 1918 ss. e la letteratura *ivi* richiamata.

⁶ E quindi, indirettamente – se volgiamo lo sguardo allo specifico settore della giustizia costituzionale che è oggetto del presente scritto – per un verso, sul disegno “vivente” del rapporto tra poteri dello Stato, in una situazione, tra l'altro, in cui non pochi poteri (intesi in senso classico) non sono precisamente strutturati dalla Carta costituzionale; nonché, per l'altro, sui diritti dei singoli di volta in volta coinvolti: si pensi, per fare solo un esempio, ai diritti della parte privata di un processo entro il quale il giudice ha sollevato conflitto tra poteri dello Stato impugnando una delibera di insindacabilità parlamentare *ex art.* 68, comma 1, Cost. Pone di recente e giustamente l'accento su quest'ultima (spesso trascurata) prospettiva da cui è possibile guardare ai conflitti interorganici A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 28 dicembre 2016, 4.

⁷ Non a caso, pertanto, si è autorevolmente affermato che «il tempo delle pronunce è una delle componenti più rilevanti delle funzioni proprie della giustizia costituzionale» (così, infatti, E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna 1996, 39).

⁸ A prescindere, cioè – a quanto consta – dallo scritto citato a nota 2.

⁹ V. infatti quanto rilevato nel corso del paragrafo successivo.

¹⁰ In R. PINARDI - S. SCAGLIARINI, *I tempi*, cit., 675 ss.

2. Il quadro normativo di riferimento

Quanto al primo dei temi indicati, una volta ricordato che non esiste un termine per proporre il ricorso¹¹ introduttivo di un conflitto tra poteri dello Stato¹², va fatta, innanzitutto, mente locale sulla particolare scansione bifasica che contraddistingue il giudizio in materia¹³.

(A) Com'è noto, infatti, in un primo momento compete alla Corte valutare, in camera di consiglio – e dunque *inaudita altera parte* – esclusivamente l'ammissibilità del ricorso introduttivo. Allo scopo di verificare, più precisamente, se «esiste», o meno, «la materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla sua competenza» *ex art. 37, comma 4, della l. n. 87 del 1953*. Ossia se il conflitto è insorto «tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono e per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali» (art. 37, comma 1, l. cit.).

Per la convocazione di questa prima riunione del Collegio non è previsto alcun termine. L'art. 24 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale (d'ora in poi: N.I.) si limita, infatti, a prevedere, al secondo comma, che: «Il Presidente, avvenuto il deposito [del ricorso], convoca la Corte in camera di consiglio»¹⁴.

Qualora, poi, si fatta verifica – che avviene in sede meramente deliberativa¹⁵ – dia esito positivo, la Consulta, in forza dell'art. 37, comma 4, l. cit., «dichiara ammissibile il ricorso e ne dispone la notifica agli organi interessati». In successione, pertanto:

¹¹ O l'ordinanza, visto che: «l'adozione, da parte di un organo giurisdizionale che solleva un conflitto fra poteri dello Stato, della forma dell'ordinanza anziché del ricorso per l'atto introduttivo del giudizio [...] non comporta, di per sé sola, l'irricevibilità del conflitto (v., fra le altre, [ordinanze n. 61 del 2000](#) e [n. 23 del 2003](#))»: così [ord. n. 129 del 2005](#), cui *adde*, successivamente ed in senso analogo, l'[ord. n. 296 del 2013](#).

¹² La giurisprudenza della Corte, sul punto, è costante: v. ad esempio, di recente, l'[ord. n. 137 del 2015](#) e le pronunce *ivi* richiamate. L'unico limite, quindi, all'inesauribile proponibilità dell'atto introduttivo di un conflitto interorganico è rappresentato dalla persistenza dell'interesse a ricorrere che la Corte valuta, nella prassi, con ampi margini di discrezionalità (in tema cfr., ad esempio, R. TARCHI, *L'atto introduttivo nei conflitti*, AA.VV., *Il processo costituzionale: l'iniziativa*, in *Foro it.* 1997, V, 213). In dottrina, peraltro, si è parlato, al riguardo, di una «pericolosa lacuna» cui la Corte potrebbe porre rimedio «aggiornando ancora le sue Norme Integrative» (così A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 339).

¹³ Sulla *ratio* di tale scansione cfr. ad esempio, nella manualistica, E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2013, 259. Esprime dubbi sulla reale necessità di questa duplicazione delle fasi processuali P. COSTANZO, voce *Conflitti costituzionali*, in S. CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, I, Giuffrè, Milano 2006, 1276. Discute, di recente ed ampiamente, sulla possibilità di qualificare la fase di delibazione dell'ammissibilità del ricorso come giudizio vero e proprio M. ARMANNI, *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, Editoriale scientifica, Napoli 2019, spec. 54 ss.

¹⁴ Per l'affermazione – che, come vedremo, è ampiamente suffragata dall'analisi condotta nelle pagine successive – secondo cui «la prassi giurisprudenziale [...] mostra chiaramente come il giudice costituzionale preferisca “modulare” caso per caso i tempi di fissazione della camera di consiglio [...], piuttosto che provvedere senz'altro alla convocazione con la massima tempestività, come “auspicato” dalla dottrina» v. già M. CECCHETTI, *Problemi dell'accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in A. ANZON - P. CARETTI - S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale. Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999*, Giappichelli, Torino 2000, 349; con esplicito richiamo a S. GRASSI, voce *Conflitti costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Utet, Torino 1989, 385. Sul punto, v. ora anche M. ARMANNI, *Il giudizio*, cit., 118 ss., il quale, richiamando l'esempio dell'[ordinanza n. 404 del 2005](#) in tema di segreto di Stato sull'area di “Villa La Certosa”, depositata dopo un lasso di nove mesi dal ricorso dal quale è derivata (almeno secondo la Consulta) la cessazione della materia del contendere, parla di una «“gestione oculata” dei tempi del processo sin dalla fase della sua attivazione, vale a dire nella determinazione dell'intervallo tra deposito del ricorso e fissazione della camera di consiglio per la pronuncia sulla ammissibilità». Infatti, nel caso di specie, un ricorso depositato il 15 gennaio del 2005 veniva discusso nella camera di consiglio del 25 maggio successivo e la decisione vera e propria della Corte data 24 ottobre del medesimo anno (con deposito in cancelleria il giorno seguente).

¹⁵ Tanto che il riscontro positivo dell'esistenza della materia di un conflitto non esclude che, nella fase successiva del giudizio, il ricorso, anche grazie ai nuovi elementi posti in luce dalle parti, venga dichiarato inammissibile (ciò che avvenuto, per fare solo qualche esempio, con la [sent. n. 30 del 2002](#) rispetto all'[ordinanza di ammissibilità n. 62 del 2000](#); e con la [sent. n. 139 del 2007](#), successiva all'[ord. n. 209 del 2003](#)).

a) il ricorrente deve notificare alla o alle controparti il ricorso e l'ordinanza di ammissibilità entro il termine (perentorio)¹⁶ di 60 giorni dalla comunicazione della stessa¹⁷;

b) entro il termine di 30 giorni¹⁸ dall'ultima notifica il ricorrente deve provvedere a depositare il «ricorso dichiarato ammissibile, con la prova delle notificazioni eseguite» presso la cancelleria della Corte costituzionale (art. 24, comma 3, N.I.);

c) «Entro il termine perentorio di venti giorni» dal deposito del ricorso le parti (che intendano farlo) si costituiscono in giudizio (art. 24, comma 4, N.I.).

(B) Per la fase successiva, strutturalmente collegata alla prima, va tenuto presente che l'art. 37, comma 5, della l. n. 87 del 1953 prevede l'applicazione, nei conflitti interorganici, degli artt. 23, 25 e 26 della stessa legge. Conformando, in tal modo – «pedissequamente», è stato osservato¹⁹ – il processo che si svolge davanti alla Corte al giudizio sulle leggi in via incidentale.

Anche in questo caso, pertanto, spirato il termine che è previsto per la costituzione in giudizio, spetta al Presidente del Collegio, ai sensi dell'art. 7 comma 1, delle N.I., procedere alla nomina del giudice relatore – per la quale, peraltro, non è previsto alcun limite temporale²⁰ – e convocare «entro i successivi venti giorni la Corte per la discussione» (come dispone l'art. 26, comma 1, l. cit.). Il che non significa, più precisamente, che la Corte deve riunirsi entro i venti giorni seguenti, ma che entro il termine da ultimo indicato è compito del Presidente emanare il decreto che fissa il giorno dell'udienza pubblica, la quale, tuttavia, potrà svolgersi anche ben al di là della scadenza di quel termine²¹. Solo così, tra l'altro, si riesce a dare un senso a quanto dispone l'art. 8, comma 2, N.I., laddove si prescrive che: «Almeno trenta giorni prima della data fissata per l'udienza, il decreto del Presidente è comunicato in copia, a cura del cancelliere, alle parti costituite».

Nessun termine, infine, è previsto per l'intervallo di tempo che intercorre tra la prima camera di consiglio in cui la Corte delibera il dispositivo della sua pronuncia e la seconda camera di consiglio in cui viene approvata, invece, la sentenza nel suo complesso²² (ciò che costituisce, in senso proprio, la decisione sul conflitto). E da cui decorrono i venti giorni per il deposito della sentenza in cancelleria, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 26 della l. n. 87 del 1953.

Insomma: se consideriamo, nel loro complesso, i margini di discrezionalità poc'anzi evidenziati ed a questi sommiamo il fatto che i termini per l'attività della Corte, laddove previsti – e contrariamente a quanto avviene per il ricorrente – sono pacificamente ritenuti ordinatori²³, ce n'è abbastanza per concludere, anche a proposito dello specifico processo che è oggetto delle presenti

¹⁶ Cfr. *ex multis*, in tal senso, l'[ord. n. 304 del 2006](#).

¹⁷ Si osservi, per inciso, che l'art. 37, comma 4, della l. n. 87 del 1953, nello stabilire che la Corte «dispone la notifica» del ricorso, non prevede, in realtà, il termine entro il quale tale notifica deve avvenire. Esso può, tuttavia, ricavarsi (secondo quanto affermato dalla stessa Consulta nell'ordinanza citata alla nota precedente), dal Regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di cui al r.d. n. 1054 del 1924, applicabile, come noto, ai giudizi costituzionali alla luce del rinvio (pacificamente ritenuto mobile) di cui all'art. 22 della l. n. 87 del 1953. Tale atto normativo è stato oggi abrogato dal d.lgs. n. 104 del 2010, che, riproducendo in ogni caso quanto già previsto dall'atto normativo previgente, dispone nel senso indicato nel testo. Sul punto si avrà modo di ritornare *infra*, nel par. 5, punto (A³).

¹⁸ Anch'esso perentorio: cfr., a tal proposito, le numerose pronunce richiamate da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 338, i quali parlano, tuttavia, al riguardo, di «rigore forse degno di miglior causa». Per una eccezione a tale regime, relativa ad un conflitto in materia referendaria, v. l'[ord. n. 172 del 2009](#).

¹⁹ Da E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 203. V. inoltre il rinvio operato dall'art. 24, comma 4, N.I., in materia di conflitti tra poteri, agli articoli 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, commi 2, 3 e 4, e da 10 a 17 dello stesso atto normativo.

²⁰ Si veda, sul punto, l'attenta ricostruzione operata da F. RAIA, *La gestione*, cit., 93 ss.

²¹ Cfr. del resto, a tal proposito, l'art. 8, comma 1, N.I., il quale si limita a stabilire che: «Il Presidente fissa con decreto il giorno dell'udienza e convoca la Corte».

²² Cfr., in tema, le riflessioni sviluppate da E. ROSSI, *Relatore, redattore e collegio nel processo costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione ed il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 1996, 349-350.

²³ V. ad esempio, in tal senso, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, 144 e 318; ed A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 67.

annotazioni, che la Corte costituzionale è «padrona assoluta dei tempi del proprio giudizio»²⁴. In sintonia, del resto, con il carattere che riveste, nel nostro ordinamento, il conflitto tra poteri, la cui natura residuale²⁵ mal si concilia con rigidi formalismi di natura processuale. E come conferma, d'altra parte – e più in generale – l'unica disposizione costituzionale vigente in materia, ossia l'art. 9 della legge costituzionale n. 1 del 1953, ai sensi della quale, infatti, il Presidente della Consulta può sempre decidere, con provvedimento motivato, di «ridurre fino alla metà i termini dei procedimenti» qualora «lo ritenga necessario».

3. I tempi di decisione della Corte: il metodo di ricerca utilizzato

L'indagine condotta ha riguardato tutte le pronunce che la Corte ha adottato, in materia di conflitti tra poteri dello Stato, nei suoi primi sessantacinque anni di attività (e cioè dal 1956 fino a tutto il 2019).

Si tratta, complessivamente, di 724 decisioni²⁶, suddivise in 437 pronunce relative alla fase dell'ammissibilità dei ricorsi esaminati (dall'[ord. n. 91 del 1965](#) fino all'[ord. n. 275 del 2019](#)) e 287 decisioni concernenti il merito del conflitto *sub iudice* (dalla [sent. n. 231 del 1975](#) all'[ord. n. 127 del 2019](#)). Dal che si deduce che i ricorsi giudicati ammissibili in sede di prima e sommaria delibazione rappresentano, complessivamente, circa i due terzi (65,7%) dei casi scrutinati.

In relazione a ciascuna di queste 724 decisioni abbiamo ricavato, oltre ad altre informazioni che verranno talvolta utilizzate nel prosieguo della trattazione²⁷, la data di deposito del ricorso presso la cancelleria della Corte costituzionale²⁸ e la data di deposito, presso la medesima cancelleria, della sentenza o dell'ordinanza con cui il ricorso è stato deciso. Da un lato, infatti – da un punto di vista formale – è solo col primo dei depositi in parola che può dirsi instaurata una delle due fasi del giudizio sul conflitto, così come è solamente a seguito del secondo che la fase esaminata può dirsi conclusa. Sostanzialmente, poi, è solo all'interno dell'intervallo di tempo che intercorre tra i due depositi in oggetto che la Corte ha modo di gestire l'andamento del suo processo, utilizzando, a tale scopo, quei margini di “flessibilità” di cui si diceva nel paragrafo precedente.

Calcolata, quindi, in questo modo, la durata del processo costituzionale in relazione a ciascuna delle decisioni assunte nelle due fasi del giudizio nel periodo 1956-2019, ci siamo soffermati ad analizzare quelle pronunce che presentavano tempistiche “anomale” in quanto comprese nei valori estremi della distribuzione. Più precisamente la nostra attenzione si è focalizzata sulle decisioni appartenenti ai dieci percentili più alti e più bassi della suddivisione così ottenuta e questo sia per quel che concerne ciascuna delle due fasi in cui si articola il giudizio della Corte sia in relazione a tale giudizio nel suo complesso.

²⁴ Per riprendere un'affermazione, formulata a proposito del controllo di costituzionalità sulle leggi, da T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano 1997, 214.

²⁵ Per una compiuta esposizione di questa teoria cfr., per tutti, R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996, il quale afferma, per l'appunto, che «il tenore eccezionalmente basso della formalità del processo [...] non è che il risvolto necessario della natura residuale dello strumento» (*ivi*, 155). Torneremo, sul punto, in sede di considerazioni conclusive.

²⁶ Va precisato che il dato in oggetto riguarda non tanto il numero di sentenze od ordinanze che sono state adottate, complessivamente, nel periodo di cui si discute, quanto piuttosto il numero (senz'altro maggiore) dei ricorsi effettivamente decisi dalla Corte costituzionale. Giacché la stessa, com'è noto, talvolta riunisce, tra loro (e dunque decide con un'unica pronuncia) più ricorsi insieme, laddove gli stessi presentino profili analoghi.

²⁷ Come la data della camera di consiglio e di adozione dell'ordinanza di ammissibilità o inammissibilità nella fase delibatoria del giudizio su conflitto; o la data dell'udienza pubblica e di adozione delle pronunce assunte nella fase successiva di merito.

²⁸ Ovviamente, mentre il momento iniziale della prima fase (e del giudizio nel suo complesso) coincide col deposito, presso la Corte, del ricorso introduttivo del conflitto, la seconda fase, invece, inizia col diverso deposito, a cura della parte interessata, del «ricorso dichiarato ammissibile, con la prova delle notificazioni eseguite», ai sensi del già richiamato art. 24, comma 3, N.I.

Abbiamo dunque dedicato un'analisi più approfondita al campione così ottenuto allo scopo di verificare se la durata – particolarmente breve o viceversa dilatata – dei processi che si erano conclusi con quelle decisioni potesse essere messa in relazione con la presenza di caratteristiche “costanti” che connotavano, in maniera peculiare, i “casi” di volta in volta sottoposti all'attenzione della Corte oppure se siffatta durata risultasse indipendente dall'esistenza di fattori del genere.

4. I casi di maggiore durata del processo costituzionale

Venendo dapprima alle ipotesi in cui la Corte costituzionale ha optato per tempi di gestazione della propria pronuncia particolarmente lunghi, va preliminarmente posto in rilievo come il campione preso in esame, sulla base del criterio di ricerca appena illustrato, si componga di 44 ordinanze adottate in sede di delibazione preliminare dell'ammissibilità del conflitto²⁹, 29 sentenze (o ordinanze)³⁰ adottate al termine della fase a cognizione piena del giudizio³¹ e 29 sequenze complessive³² (formate, cioè, da un'ordinanza di ammissibilità più una pronuncia successiva) relative a casi in cui la Consulta è giunta alla seconda fase del suo giudizio.

Di seguito, i risultati più significativi cui l'analisi di tali decisioni ha condotto.

(A) Innanzitutto occorre rilevare, circa l'oggetto su cui la Corte si è trovata a giudicare, che nella quasi totalità delle pronunce esaminate l'atto impugnato di fronte all'organo di giustizia costituzionale era una delibera di insindacabilità dell'opinione espressa da un parlamentare. Ciò si è verificato, infatti, in 32 dei 44 casi che sono stati analizzati in rapporto alla prima fase del giudizio (72,7%) – con un risultato, tuttavia, che raggiunge il 94,1% se consideriamo esclusivamente il periodo successivo al 2001 (32 decisioni su 34) – in 25 delle 29 pronunce relative alla seconda fase del processo costituzionale (86,2%); in 26 delle 29 sequenze concernenti la durata del giudizio nel suo complesso (89,7%).

(B) Quanto evidenziato nel punto precedente spiega, in buona parte, un'altra “costante” emersa nel corso dell'indagine, visto che tutte le decisioni analizzate – tranne l'eccezione di cui diremo tra

²⁹ Si tratta, più precisamente, delle [ordinanze nn. 39 del 1968; 101 del 1970; 84 del 1978; 16 e 123 del 1979; 98 e 132 del 1981; 38, 44 e 45 del 1986; 159, 414 e 534 del 2002; 3, 4, 23, 31, 154, 156, 157, 188, 189, 209, 224, 254, 277, 280 e 358 del 2003; 40, 217, 218, 225, 269, 270, 295, 303, 304, 311, 312, 341, 384, 397 e 435 del 2004; 84 del 2008](#).

³⁰ Le seconde utilizzate per l'adozione di decisioni di carattere processuale anche se è vero che, in casi del genere, la Corte utilizza, talvolta, anche sentenze (cfr. ad esempio la [sent. n. 449 del 1997](#), di improcedibilità; e le [sentt. nn. 38, 79 e 267 del 2005; 336 del 2006; 139 e 236 del 2007; 307 del 2008](#), di inammissibilità). Incidentalmente notiamo che analoga discontinuità (che sembra riguardare, peraltro – più in generale – tutta la giurisprudenza della Corte in materia di conflitti interorganici: cfr. già, in tal senso – ed a titolo meramente esemplificativo – E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2005-2007), Giappichelli, Torino 2008, 380 e 394), affligge anche la formula dispositiva a cui la Corte fa ricorso in tali decisioni: come è dimostrato, ad esempio, dal fatto che il medesimo vizio (tardività della notificazione del ricorso) è stato talvolta censurato mediante l'adozione di una pronuncia di manifesta inammissibilità (così, infatti, l'[ord. n. 386 del 1985](#)), talaltra tramite l'adozione di un'ordinanza (ma a volte anche di una sentenza: v. la n. [88 del 2005](#)) di improcedibilità (cfr., in tal senso, l'[ord. n. 304 del 2006](#)). Il tutto a conferma di un fenomeno più generale – che interessa, cioè, anche altre funzioni esercitate dalla Corte costituzionale (sul punto cfr., volendo, R. PINARDI, *La Corte*, cit., 1912 e 1916; e quanto evidenziato, *infra*, a nota 56) – e che si sostanzia in un utilizzo estremamente disinvolto delle forme mediante le quali la Corte veicola le proprie decisioni.

³¹ Ovvero le [ordd. nn. 386 del 1985; 243 e 304 del 2006](#); e le [sentt. nn. 509 del 2002; 219 e 379 del 2003; 246, 298, 347 e 348 del 2004; 28, 38, 79, 88, 146, 223 e 267 del 2005; 249, 260, 286, 314, 331 e 452 del 2006; 139, 236 e 271 del 2007; 307 del 2008; 262 del 2017](#) (con la quale, peraltro, la Corte ha deciso due ricorsi sottoposti al suo scrutinio: v. quanto precisato, in tema, a nota 26).

³² Talvolta composte, a loro volta, da decisioni già ricomprese nelle due categorie precedenti. In particolare in 7 casi sui 29 analizzati entrambe le pronunce che componevano la sequenza esaminata rientravano anche tra le decisioni più lente della rispettiva categoria di appartenenza (si tratta delle sequenze composte dalle pronunce nn. [132 del 1981 e 386 del 1985; 414 del 2002 e 223 del 2005; 156 del 2003 e 249 del 2006; 154 del 2003 e 260 del 2006; 209 del 2003 e 139 del 2007; 435 del 2004 e 236 del 2007; 397 del 2004 e 307 del 2008](#)).

un attimo – vedono coinvolto nel conflitto tra poteri un organo del potere giudiziario. Quale parte attiva, nel caso di conflitti *ex art. 68*, comma 1, Cost., ma anche in altre 8 occasioni³³, di cui, peraltro, l'unica successiva agli anni Ottanta è data da un conflitto tra la Corte di assise di appello di Roma ed il Comitato parlamentare per i servizi di informazione e di sicurezza e per il segreto di Stato per aver questi opposto il vincolo del segreto all'esibizione di atti in suo possesso³⁴; quale parte passiva in altri 3 frangenti³⁵, tutti a cavallo del 1980, con conflitti sempre proposti dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti di Pretori.

L'unica eccezione cui accennavamo poc'anzi è rappresentata dall'[ord. n. 384 del 2004](#), con la quale la Corte costituzionale ha giudicato inammissibile un conflitto sollevato dai promotori di un *referendum* abrogativo nei confronti di entrambe le Camere, del Governo e della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi. Si tratta, tuttavia, della classica eccezione che conferma la regola.

Il *referendum* di cui i ricorrenti erano promotori, infatti, in materia di abrogazione della servitù coattiva di elettrodotto, si era tenuto l'anno precedente all'adozione della pronuncia della Corte, in data 15-16 giugno 2003. Pochi giorni prima di quella consultazione, il 23 maggio dello stesso anno, la Corte aveva dichiarato inammissibile un ricorso identico a quello poi deciso con l'[ord. n. 384](#) cit.³⁶, con una pronuncia che era stata adottata in tempi ristrettissimi³⁷ data la necessità di decidere prima del voto popolare. Non a caso questa pronuncia, la [n. 195 del 2003](#), rientra nel nostro campione di decisioni lampo, con la curiosa conseguenza per cui due ordinanze che hanno permesso alla Corte costituzionale di dichiarare ugualmente inammissibili due ricorsi con lo stesso contenuto rientrano l'una nei dieci percentili più bassi e l'altra nei dieci percentili più alti della distribuzione ottenuta calcolando la durata di questa prima fase del processo costituzionale.

Il fatto è che il ricorso deciso con l'[ord. 384 del 2004](#) non era stato esaminato congiuntamente all'altro, presentato solo pochi giorni prima, per la semplice ragione che era stato depositato il 23 maggio del 2003 e cioè lo stesso giorno in cui la Corte adottava, assai rapidamente, l'[ord. n. 195](#). Svoltosi il *referendum* e dunque passata l'urgenza (e l'utilità, anche per i ricorrenti) di una pronuncia sul secondo ricorso, la Corte si "dimentica" di formalizzarne la (ovvia, a quel punto) inammissibilità per oltre un anno e mezzo, provvedendo, quindi, in tal guisa, solo il 1° dicembre del 2004.

(C) Esaminiamo, adesso, partitamente, le diverse fasi di cui si compone il giudizio sui conflitti interorganici.

Circa la prima va innanzitutto posto in rilievo come il 75,0% delle pronunce ricomprese nel nostro campione si concentri in un solo triennio³⁸. E questo, lo ricordiamo, rispetto ad un'analisi che riguarda sessantacinque anni di attività della Corte o, se si preferisce – tenendo conto della prima pronuncia effettivamente adottata in materia – il periodo che va dal 1965 al 2019 (cinquantacinque anni, quindi). Il triennio in questione è quello compreso tra il 2002 ed il 2004, immediatamente successivo alla

³³ Cfr., al riguardo, le [ordd. nn. 39 del 1968](#); [101 del 1970](#); [84 del 1978](#); [16 del 1979](#); [38, 44](#) e [45 del 1986](#); [209 del 2003](#).

³⁴ Cfr., in proposito, l'[ord. n. 209 del 2003](#) e la [sent. n. 139 del 2007](#) con la quale la Corte ha concluso il giudizio *de quo* dichiarando l'inammissibilità del ricorso scrutinato (entrambe le pronunce in parola, e dunque anche la loro sequenza considerata nel complesso, rientrano nel campione di decisioni "ritardate").

³⁵ Il riferimento è ai casi decisi, dalla Corte, con le [ordd. nn. 123 del 1979](#); [98](#) e [132 del 1981](#).

³⁶ L'unica differenza, infatti, tra le due fattispecie consisteva nella circostanza, meramente formale, che mentre il ricorso deciso con l'[ord. 195 del 2003](#) era stato presentato da due promotori, nell'altro, a questi, se ne erano aggiunti altri tre.

³⁷ Come peraltro avvenuto in numerose occasioni in materia referendaria: cfr., al riguardo, i dati forniti e le riflessioni svolte, *infra*, nel par. 5, punto (B¹).

³⁸ Tenendo conto, per operare siffatta suddivisione – e come per gli altri dati forniti nel prosieguo della trattazione – dell'anno in cui la pronuncia è stata adottata. Per un'analoga opzione metodologica v. ad esempio le informazioni fornite, in relazione alla durata media dei giudizi costituzionali, in occasione delle relazioni annuali del Presidente della Consulta od ancora, in dottrina, con riferimento al giudizio sulle leggi in via incidentale, R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2011-2013), Giappichelli, Torino, 2014, 34.

svolta, determinata dalle sentenze “pilota” nn. [10](#) e [11 del 2000](#)³⁹, a partire dalla quale, com’è risaputo, la Corte inizia ad entrare nel merito di (e quindi a censurare, se del caso) un utilizzo corporativo⁴⁰ della prerogativa sancita art. 68, comma 1, Cost. Tanto che, com’era facile del resto prevedere vista l’impostazione prescelta dalla Corte che riserva a sé l’ultima parola nella decisione di controversie del genere, le pronunce su conflitti determinati da delibere di insindacabilità parlamentare assumono, nel periodo considerato, un carattere pervasivo, rappresentando l’88,8%⁴¹ delle (numerose, peraltro) ordinanze o sentenze che vengono adottate, nel triennio, su conflitti interorganici. Si noti, inoltre, che, anche se si guarda, più in generale, alla durata media di tutte le decisioni adottate in sede di prima deliberazione dell’ammissibilità del conflitto, non si tarda a scoprire che si passa dai 184,5 giorni del periodo antecedente al 2002 a quasi il doppio (364,1 giorni; + 97,3%) in questo intervallo temporale, per poi tornare, dopo il 2004, ad un livello analogo al precedente (159,3 giorni)⁴².

Non si riscontrano, invece, correlazioni significative tra la durata prolungata di questa fase del giudizio e la formula dispositiva utilizzata dalla Corte, se è vero che sui 44 casi analizzati 20 hanno dato luogo a pronunce di inammissibilità, 24, invece (il 54,5%), di ammissibilità.

In termini assoluti il caso in cui la Consulta ha utilizzato il periodo di tempo più lungo per un primo esame del conflitto *sub iudice* (quasi 5 anni!)⁴³ è rappresentato dalle ordinanze gemelle nn. [44](#) e [45 del 1986](#), con le quali la Corte ha dichiarato inammissibili due ricorsi prospettati dal giudice delegato alla sezione fallimentare del tribunale di Roma, nei confronti del ministro di grazia e giustizia, per l’assenza – peraltro manifesta – del profilo oggettivo del conflitto⁴⁴. Analogamente, al terzo posto, troviamo l’[ord. n. 38](#) dello stesso anno, sempre di inammissibilità e sempre determinata da un vizio assai evidente che inficiava il ricorso scrutinato, ossia dalla chiara mancanza di legittimazione passiva da parte di un Prefetto quale potere dello Stato⁴⁵. Il carattere non problematico del riscontro delle carenze accertate sommato al particolare momento storico (il 1986) in cui le tre pronunce sono state adottate fanno propendere per un collegamento tra la lunga durata dei processi *de quibus* e l’arretrato che la Corte aveva accumulato, proprio in quel periodo, poco prima di procedere al suo smaltimento a partire dal 1987.

Si segnalano, inoltre:

a) 2 pronunce⁴⁶ con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili altrettanti conflitti in ragione del fatto che le delibere di insindacabilità su cui gli stessi vertevano erano già state annullate a seguito dell’accoglimento di ricorsi sollevati da altri giudici. Ciò che avrebbe dovuto, a rigore, rendere (quasi) istantanea la definizione dei processi in parola, mentre questi, al contrario, si sono conclusi dopo oltre sei mesi dal momento in cui è venuto ufficialmente a mancare, e per mano della stessa Corte, l’oggetto del contendere⁴⁷;

³⁹ Su cui v., per tutti, A. PACE, *Immunità politiche e principi costituzionali*, in *Dir. pubbl.* 2003, 385 ss.

⁴⁰ Cfr. ad esempio, al riguardo, C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione*, Cedam, Padova 2000, 67 ss.; e C. MARTINELLI, *L’insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, 133 ss.

⁴¹ Cioè 111 su 125 (dati tratti da E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2002-2004), Giappichelli, Torino 2005, 297-298).

⁴² Quest’ultimo dato è sostanzialmente costante anche se si considerano periodi diversi (dal 2006: 155,6 giorni; dal 2008: 159,6 giorni; ultimi 10 anni: 159,7; ultimi 5 anni: 181,5) per cui, oggi, può dirsi che l’intervallo di tempo in cui la Corte giunge ad una prima disamina di un ricorso per conflitto tra poteri è mediamente di circa 6 mesi (parla, invece, con riferimento «almeno» agli «ultimi dieci anni» di conflitti tra poteri dello Stato di una durata media di questa prima fase del giudizio che è compresa «tra i tre e i quattro mesi» M. ARMANNO, *Il giudizio*, cit., 120).

⁴³ Più precisamente 1762 giorni, ossia (quasi) 8,5 volte la durata media di questa fase del giudizio sui conflitti interorganici (che è di 208,2 giorni).

⁴⁴ Nel caso di specie, infatti – come rileva la Corte – il ricorrente lamentava gli esiti di una (semplice) relazione ispettiva, in assenza, cioè, di qualsivoglia provvedimento – disciplinare o di altra natura – adottato dal Ministro, ed «idoneo a ledere l’invocata sfera del potere giurisdizionale o ad interferire altrimenti nel relativo esercizio».

⁴⁵ Non trattandosi, con ogni evidenza, di un organo competente a «dichiarare definitivamente la volontà del potere» cui appartiene ai sensi dell’art. 37, comma 1, della l. n. 87 del 1953.

⁴⁶ Il riferimento è alle [ordd. nn. 3](#) e [157 del 2003](#).

⁴⁷ V. infatti la [sent. n. 294 del 19 giugno 2002](#) rispetto all’[ord. n. 3, adottata il 13 gennaio del 2003](#); e la [sent. n. 448 del 24 ottobre 2002](#) rispetto all’[ord. 5 maggio 2003, n. 157](#).

b) 8 ordinanze⁴⁸, tutte comprese nel nostro campione ed adottate nell'arco di un lasso temporale relativamente breve⁴⁹, con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili altrettanti ricorsi, concernenti delibere di insindacabilità, utilizzando la stessa argomentazione: gli atti introduttivi del conflitto risultavano, infatti, identici ad altri ricorsi prospettati dai medesimi giudici e già giudicati inammissibili (od improcedibili) in precedenti occasioni.

È interessante, a tal proposito, notare come tutte le pronunce di cui si discute si richiamino espressamente, quale precedente fondamentale su cui si basa la decisione adottata, alla (allora recentissima) [sent. n. 116 del 2003](#)⁵⁰. Pronuncia con la quale la Corte costituzionale ha operato una svolta in tema di cogenza di alcune regole processuali in materia di conflitti tra poteri, perché se è vero che sino ad allora, procedendo dalla constatazione che non è previsto alcun termine di decadenza per sollevare conflitto, la Corte non riteneva preclusa la riproposizione di un ricorso già dichiarato inammissibile⁵¹, a partire da questa decisione prevale la tesi opposta, attesa «l'esigenza costituzionale che il giudizio, una volta instaurato, sia concluso in termini certi non rimessi alle parti confliggenti», e dunque in ragione della necessità che si ponga fine, in ogni caso, alla «ormai palesata situazione di conflittualità e di incertezza, che non si attaglia alle questioni di equilibrio tra i poteri dello Stato, le quali, invece, attenendo alle garanzie di ripartizione costituzionale delle attribuzioni, postulano che siano ristabilite certezza e definitività di rapporti, al fine di assicurare il regolare esercizio delle funzioni costituzionali»⁵².

Si potrebbe quindi ipotizzare che la Corte avesse rimandato il giudizio su alcuni ricorsi sostanzialmente identici ad altri già dichiarati inammissibili⁵³, in attesa di meglio focalizzare il proprio (controverso) pensiero⁵⁴ sull'opportunità di un *revirement* del genere, con la conseguenza che quando questo, alla fine, si è in effetti realizzato, ha comportato la conseguenza poc'anzi evidenziata. Ossia l'adozione di una serie di pronunce del medesimo tenore, ravvicinate, tra loro, nel tempo, dal contenuto (ovviamente) coerente con la novità giurisprudenziale appena introdotta e tutte, a quel punto, "ritardate".

(D) Per quel che concerne la fase successiva, in cui spetta al giudice dei conflitti pronunciarsi in via definitiva sull'ammissibilità del ricorso *sub iudice* ed (eventualmente) valutarne la fondatezza, occorre evidenziare come il 79,3% delle pronunce comprese nel nostro campione si concentri nel quinquennio 2004-2008. Periodo, d'altra parte, immediatamente successivo a quello già segnalato nel punto precedente (2002-2004) in cui si registra, invece, il numero massimo di pronunce "lente" che sono state adottate nella fase a cognizione sommaria del giudizio. In questo quinquennio, inoltre, anche la durata media della fase in oggetto subisce un notevole incremento, se è vero che si passa da

⁴⁸ Si tratta delle decisioni nn. [188](#), [189](#), [254](#), [277](#), [280](#) e [358 del 2003](#); [40](#) e [217 del 2004](#).

⁴⁹ Si va, infatti, dal 3 giugno del 2003 al 5 luglio dell'anno successivo.

⁵⁰ Su cui v., tra gli altri, M. ARMANNI, *Il giudizio*, cit., 122-134 ed Autori *ivi* richiamati; cui *adde* E. MALFATTI, *Il conflitto (2002-2004)*, cit., 345-346; nonché, con giudizi diversificati sull'operato della Corte, R. BIN, "Ultima fortezza" e "regole d'ingaggio" nei conflitti interorganici, in *Forum di Quad. cost.*, 2003; F. BENELLI, *Una battaglia non decide la guerra*, *ivi*; e A. GUAZZAROTTI, *Ricorsi "mal coltivati" e tutela dei terzi nei conflitti ex art. 68.1 Cost. (Nota alla sent. n. 116 del 2003 della Corte costituzionale)*, *ivi*, 21 giugno 2003.

⁵¹ Cfr. ad esempio, in tal senso, le [orrd. nn. 61](#) e [62 del 2000](#); e [10 del 2001](#), tutte di ammissibilità di ricorsi riproposti a seguito di altrettante decisioni di improcedibilità, causate dal tardivo deposito degli atti introduttivi del conflitto ai sensi dell'art. 24, comma, 3 N.I.

⁵² I passi riportati, nel testo, tra virgolette si leggono nella [sent. n. 116 del 2003](#), punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁵³ E riproposti, copiosamente, dall'autorità giudiziaria, stante l'orientamento, sin lì permissivo, manifestato, al riguardo, dai giudici della Consulta.

⁵⁴ Come testimonia non soltanto la circostanza che la [sent. n. 116 del 2003](#) «sia stata preceduta [...] da vari tentativi di schivare il problema», ma anche dal fatto che, nel caso di specie, «ci sia stata una scissione tra il giudice relatore e redattore» (così R. BIN, "Ultima fortezza", cit., 2). Identifica, nella pronuncia in parola, «la conclusione di un cammino "sofferto" della Corte» costituzionale anche F. BENELLI, *Una battaglia*, cit., 1.

337,1 giorni a 612,2 (+ 81,6%), per poi tornare, nel periodo successivo, a valori analoghi a quelli precedenti al 2004 (361,7 giorni)⁵⁵.

I dispositivi adottati nei 29 casi presi in considerazione sono i più vari: 10 di natura processuale (di cui 8 di inammissibilità – 7 semplice e 1 manifesta – e 2 di improcedibilità) e 19 con decisione nel merito del conflitto sindacato, di cui 6 di rigetto e 13 di accoglimento.

Siffatta varietà è confermata anche dall'analisi delle pronunce più "lente", in assoluto, adottate in questa fase, dal momento che sul podio di questa singolare classifica troviamo una decisione di accoglimento (la [n. 246 del 2004](#)), una di rigetto (la [n. 298 dello stesso anno](#)) ed una di inammissibilità, addirittura manifesta. Si tratta dell'[ord. n. 386 del 1985](#), adottata a conclusione di una seconda fase del processo costituzionale che detiene il record assoluto in termini di estensione temporale (ben 1512 giorni, cioè 3,4 volte la durata media della fase che è di 439,8) e che riguarda un conflitto tra poteri che era stato sollevato dal Presidente del consiglio dei ministri nei confronti di un Pretore, per aver questi intimato all'ANAS di svolgere alcuni lavori entro un certo termine, pena non soltanto l'incriminazione ai sensi degli artt. 328 e 650 c.p., ma anche l'eventuale ordine di chiusura al traffico della strada su cui i lavori dovevano svolgersi. Il giudizio si conclude con l'utilizzo di una formula dispositiva di manifesta inammissibilità – non più adoperata, peraltro, in seguito, in casi analoghi⁵⁶ – e sulla base della semplice constatazione della tardività della notificazione del ricorso e dell'ordinanza (la [n. 132 del 1981](#)) con la quale la Corte costituzionale aveva ammesso, oltre quattro anni prima, il conflitto. Di modo che, considerati i motivi che portano la Corte a decidere in tal senso, non si vedono ragioni particolari che possano spiegare l'accentuata lunghezza del processo *de quo*, se non, come evidenziato per altre pronunce del medesimo periodo nel punto (C), l'arretrato che la Corte aveva accumulato, proprio in quegli anni, nello svolgimento dei propri lavori.

Per un gruppo di quattro decisioni, tutte collocate nella *top ten* delle più "ritardate" e tutte adottate nel corso del 2004⁵⁷, una delle ragioni della particolare lunghezza di questa fase del giudizio può forse essere individuata nell'adozione della l. n. 140 del 2003 (recante: *Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato*). La Corte, infatti, sembra non soltanto aver atteso l'entrata in vigore delle novità normative in parola prima di decidere una serie di conflittualità pregresse, ma anche la lettura riduzionista delle stesse quale era stata da poco operata, in sede di giudizio in via incidentale, con la nota sentenza (interpretativa di rigetto) [n. 120 del 2004](#).

In altre occasioni l'allungamento dei tempi dipende (anche) dall'adozione di ordinanze di natura istruttoria da parte del giudice dei conflitti. È il caso, ad esempio, della [sent. n. 379 del 2003](#), che rientra, per poco, nel campione esaminato, in ragione del fatto che trascorrono 77 giorni dalla richiesta della Corte di trasmissione dell'atto ispettivo da cui traevano origine le dichiarazioni del deputato per cui si procedeva nel giudizio principale al rifiuto al riguardo opposto dal Presidente dell'Assemblea.

In altre ipotesi, invece, è possibile affermare che la lentezza nel decidere il conflitto non è causata da fattori esterni alla valutazione del caso su cui la Corte si trova a giudicare, ma è ricollegabile, al contrario, ad alcune specifiche difficoltà incontrate, dalla stessa, nel determinare come pronunciarsi.

Con la [sent. n. 262 del 2017](#) la Consulta ha deciso due ricorsi sollevati nei confronti del Senato e del Presidente della Repubblica, con i quali la Corte di cassazione aveva impugnato i rispettivi regolamenti interni in materia di autodichia. La questione, che veniva prospettata per la prima volta

⁵⁵ Che diventano 385,4 se prendiamo in considerazione gli ultimi 10 anni, oppure 373,0 se guardiamo agli ultimi 5, per cui è possibile affermare che la durata media di questa fase del giudizio è, oggi, di un anno o poco più (cfr., al riguardo, i dati riportati nell'ultima [relazione annuale della Presidente della Corte, relativa alla giurisprudenza costituzionale del 2019](#), 18).

⁵⁶ V. quanto rilevato, al riguardo, a nota 30. Per un'altra pronuncia di «manifesta inammissibilità» adottata sempre nella fase di giudizio della Corte a cognizione piena, ma in ragione dell'accertata carenza di interesse da parte del ricorrente, v. l'[ord. n. 259 del 2011](#) (non è corretto, pertanto, affermare che quest'ultima pronuncia rappresenta «la prima occasione in cui la Corte dichiara l'inammissibilità *manifesta* di un conflitto interorganico»: così, invece, E. MALFATTI-M. NISTICÒ, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti* (2011-2013), cit., 335, corsivo testuale; nonché M. ARMANNI, *Il giudizio*, cit., 85).

⁵⁷ Si tratta, più precisamente, delle [sentt. nn. 246, 298, 347 e 348](#).

all'interno di un giudizio per conflitto tra poteri⁵⁸, era senz'altro delicata ed assai complessa. Tanto che non è difficile ipotizzare, vista anche la soluzione alla fine prevalsa, che si siano manifestate dissonanze all'interno dell'organo di giustizia costituzionale e quindi anche difficoltà nel pervenire ad un esito largamente condiviso. La Corte, infatti, non soltanto rigetta le doglianze *sub iudice* – dopo oltre due anni dalla pronuncia che ne aveva sancito l'ammissibilità – proclamando, tra l'altro, che l'autodichia «non è lesiva di attribuzioni costituzionali altrui»⁵⁹, ma cerca, altresì, di dimostrare l'esistenza di una certa continuità con quanto affermato, sullo stesso tema, solo tre anni prima, con la [sent. n. 120 del 2014](#). Nella quale, tuttavia, dopo aver definito il problema del fondamento (e quindi della legittimità) dell'istituto in oggetto come una «questione controversa», venivano sviluppate⁶⁰ tutta una serie di articolate riflessioni, di carattere anche comparato, che facevano viceversa trasparire, ed in maniera neppure troppo velata, un orientamento, da parte del supremo garante della rigidità costituzionale, di segno opposto. Né va sottaciuto, nel medesimo ordine di idee – e quindi sempre a dimostrazione del fatto che la decisione in materia aveva aperto una faglia profonda all'interno del collegio costituzionale – che il redattore della pronuncia in esame è diverso dal suo relatore⁶¹, il quale, non a caso, aveva “firmato” proprio la [sentenza n. 120 del 2014](#).

Considerazioni analoghe valgono per la [sent. n. 236 del 2007](#), anch'essa ricompresa nel nostro campione e relativa ad un conflitto generato da una delibera parlamentare di insindacabilità avente ad oggetto un'intervista rilasciata dall'on. Berlusconi, con la quale quest'ultimo formulava accuse di politicizzazione nei confronti della magistratura (con particolare riguardo, in questo frangente, ad inchieste poste in essere dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo) allo scopo di difendere dalla richiesta di arresto l'amico e compagno di partito Marcello Dell'Utri.

Ora, già la pronuncia con cui venne ammesso il conflitto era stata adottata dopo 888 giorni dal deposito del ricorso presso la cancelleria della Corte costituzionale⁶². Tanto che tale decisione – ossia l'[ord. n. 435 del 2004](#) – si colloca in sesta posizione, quanto a “lentezza”, nella classifica delle 437 pronunce adottate dalla Corte nella prima fase del suo giudizio.

Per la decisione nel merito, poi – che avvenne appunto con la [sent. n. 236 del 2007](#) – sono occorsi altri 876 giorni. E qui, a conferma dell'esistenza di divisioni interne alla Corte costituzionale, è possibile richiamare la testimonianza “autentica” del relatore e redattore della sentenza in parola, Sabino Cassese. Il quale, infatti, nel suo libro *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, evidenzia, in primo luogo, che «la questione giace[va] alla Corte – a dimostrazione della volontà di rinviare di tanti presidenti – da cinque anni»⁶³; in secondo luogo, che la sua proposta di rigettare le doglianze *sub iudice* trovò «molte obiezioni»⁶⁴, sicché il Collegio, sulla decisione da assumere, fu tutt'altro che unanime; ed in terzo luogo, infine, che si giunse, proprio per questo motivo, ad adottare un dispositivo di inammissibilità per la (asserita) impossibilità «di cogliere in modo completo l'oggetto del contendere»⁶⁵. Chiosa Cassese: «Ciò dimostra il valore politico delle decisioni di inammissibilità alle quali si ricorre quando non si vuole decidere in un senso o nell'altro»⁶⁶.

⁵⁸ Su suggerimento, peraltro, della stessa Corte, la quale, nella [sent. n. 120 del 2014](#), nel dichiarare inammissibile una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 12 del Regolamento del Senato, aveva tenuto a precisare – nel punto 4.4. dello svolgimento in diritto – che il problema dell'autodichia «può dar luogo ad un conflitto fra i poteri», perché è quella «la sede naturale in cui trovano soluzione le questioni relative alla delimitazione degli ambiti di competenza riservati» dalla Costituzione, assicurando, in tal modo, «il rispetto dei limiti delle prerogative e del principio di legalità, che è alla base dello Stato di diritto».

⁵⁹ La frase riportata nel testo si legge, più precisamente, nel punto 7.3 della motivazione in diritto.

⁶⁰ Sempre nel punto 4.4 del *Considerato in diritto*.

⁶¹ Il riferimento, rispettivamente, è ai giudici costituzionali Nicolò Zanon e Giuliano Amato.

⁶² Il periodo, infatti, è quello che va dal 25 luglio del 2002 (data del deposito) al 16 dicembre del 2004 (data di adozione dell'[ord. n. 435 del 2004](#)).

⁶³ Così S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2015, 72.

⁶⁴ Cfr. ancora, in tal senso, S. CASSESE, *Dentro*, cit., 72.

⁶⁵ In termini [sent. n. 236 del 2007](#), punto 3 della motivazione in diritto.

⁶⁶ Testualmente S. CASSESE, *Dentro*, cit., 72.

(E) Analogamente (ma in maniera ancora più accentuata) a quanto evidenziato nel punto precedente, anche in rapporto alla durata complessiva dei giudizi che superano la fase dell'ammissibilità si osserva che la stragrande maggioranza delle pronunce adottate a conclusione di un processo dai tempi particolarmente estesi si concentra nel quinquennio 2004-2008: ben il 93,1%, in questo caso. Ed anche in questa ipotesi va posto in rilievo come la durata media del processo costituzionale subisca, in questo quinquennio, un'impennata, passando dai 479,1 giorni del periodo precedente a quasi il doppio nell'intervallo di tempo preso in considerazione (891,4 giorni, per un aumento percentuale dell'86,1), mentre nel periodo successivo al 2008 si torna, grosso modo, ai livelli precedenti, con una durata media del giudizio di 527,5 giorni⁶⁷.

Circa i dispositivi cui mettono capo le 29 sequenze esaminate abbiamo 9 decisioni finali di inammissibilità (di cui 1 manifesta), 2 di rigetto e 18 (il 62,1% delle sequenze prese in considerazione) di accoglimento.

La palma del giudizio per conflitto tra poteri più lungo nella storia della giustizia costituzionale italiana va al caso, già analizzato⁶⁸, che si è concluso con l'adozione dell'[ord. n. 386 del 1985](#): ben 2051 giorni, cioè quasi 5 anni ed 8 mesi, ed oltre 3 volte la durata media dei processi su conflitti interorganici (che è di 635,8 giorni). Seguono, nell'ordine, i giudizi che hanno messo capo all'adozione delle [sentt. nn. 307 del 2008](#)⁶⁹, [139 del 2007](#)⁷⁰ e [236 dello stesso anno](#)⁷¹.

Tra i casi analizzati due si segnalano per opposti motivi.

La durata complessiva del giudizio della Corte è data, com'è ovvio, dalla somma di due intervalli temporali: la durata della fase dell'ammissibilità e la durata della fase a cognizione piena del processo per conflitto tra poteri.

Ebbene, nell'ipotesi decisa con la [sent. n. 246 del 2004](#)⁷², la particolare lentezza del giudizio costituzionale è senz'altro imputabile all'estensione temporale della seconda delle fasi in parola.

Il conflitto, infatti, era stato ammesso, con [ord. n. 388 del 2000](#), dopo soli 84 giorni dal deposito dell'atto introduttivo presso la Corte costituzionale. Il che fa, dell'ordinanza in oggetto – se non proprio una pronuncia-lampo – una decisione che si colloca nei quindici percentili più bassi, in termini di durata, tra tutte quelle adottate, in questa fase, dal 1965 ad oggi. La decisione nel merito, invece, venne adottata dopo quasi 4 anni⁷³, con la conseguenza che la [sent. n. 246 del 2004](#) si colloca ai primissimi posti tra le pronunce “ritardate”, seconda solo alla [sent. n. 356 del 1985](#). Il cui ritardo, peraltro, è spiegabile, come già evidenziato, da fattori esterni alla specifica fattispecie su cui la Corte si trovava a giudicare.

Opposto è il caso della sequenza giurisprudenziale composta dall'[ord. n. 123 del 1979](#) e dalla sentenza, di accoglimento⁷⁴, [n. 150 del 1981](#). Se è vero che questa è l'unica ipotesi, tra quelle comprese nel campione esaminato, in cui la durata del primo *step* del processo della Corte è di (gran lunga) superiore all'estensione temporale della seconda fase (rispettivamente: 910 giorni contro 564). In assoluta controtendenza, tra l'altro, rispetto a quanto si evince – come già rilevato – dai dati desumibili dall'analisi della giurisprudenza costituzionale nel suo complesso, atteso che la durata della seconda fase del processo per conflitto tra poteri (ossia 439, 8 giorni) risulta, in media, più che

⁶⁷ Attualmente, quindi, è di circa un anno e mezzo la durata media di un giudizio per conflitto tra poteri che non si interrompa con una pronuncia di inammissibilità adottata ai sensi dell'art. 37, comma 3, della l. n. 87 del 1953.

⁶⁸ Nel punto (D).

⁶⁹ Concernente un conflitto di attribuzione che era stato sollevato nei confronti di una delibera di insindacabilità che aveva ad oggetto, ancora una volta, una dichiarazione rilasciata dall'on. Berlusconi.

⁷⁰ Su cui v. quanto evidenziato, *supra*, a nota 34. Parla, in relazione a questa pronuncia, di un allungamento “inspiegabile” del processo costituzionale, e quindi di tempi di decisione della Corte «che divengono eclatanti», E. MALFATTI, *Il conflitto* (2005-2007), cit., 376.

⁷¹ Già analizzata nel punto precedente.

⁷² Con la quale la Corte costituzionale ha annullato una delibera parlamentare di insindacabilità concernente affermazioni dell'on. Mancuso relative ad alcune dichiarazioni dei magistrati delle Procure di Milano e Palermo.

⁷³ Ossia, per la precisione, dopo 1406 giorni.

⁷⁴ Su un ricorso sollevato dal Presidente del consiglio dei ministri nei confronti del Pretore di Genova, per aver questi annullato, senza averne il potere, un atto amministrativo.

doppia rispetto a quella (208,2) che caratterizza il giudizio *in limine litis* sull'ammissibilità del ricorso.

La singolarità del caso in discussione si spiega, tuttavia, abbastanza facilmente.

Il deposito dell'atto introduttivo del conflitto *de quo* era infatti avvenuto il 13 aprile del 1977. Solo 5 giorni dopo il presidente della Corte costituzionale nominava, con proprio decreto, il giudice istruttore e relatore del processo per lo scandalo Lockheed, dando quindi il via ad una vicenda giudiziaria che assorbirà, com'è noto, quasi integralmente l'attività della Corte nel biennio successivo. Conclusosi quel processo, con [sentenza depositata il 2 agosto del 1979](#), il ricorso, in effetti, verrà prontamente⁷⁵ esaminato e dichiarato ammissibile con [ordinanza adottata il 10 ottobre dello stesso anno](#). Ma il ritardo, a quel punto, si era già accumulato, facendo sì che il giudizio su questo specifico conflitto entrasse comunque a far parte, nel suo complesso, del ristretto novero dei giudizi più lenti tra quelli sin qui conclusi, dalla Corte, in sede di conflitto tra poteri.

5. Le decisioni "lampo"

Passando dalle decisioni più lente a quelle eccezionalmente rapide, occorre anzitutto descrivere il campione preso in esame. Esso, sulla base dei criteri già in precedenza illustrati⁷⁶, si compone di 41 ordinanze che definiscono la fase di ammissibilità⁷⁷, 26 decisioni (di norma sentenze) che concludono la fase di merito⁷⁸ e 30 sequenze comprensive di entrambe le fasi in cui si articola il giudizio nel conflitto tra poteri dello Stato⁷⁹, 18 delle quali sono composte sia di una ordinanza di ammissibilità che di una decisione di merito appartenenti al campione qui analizzato di pronunce "lampo"⁸⁰.

In valori assoluti, il primato della celerità di giudizio è detenuto, quanto alle ordinanze pronunciate nella fase di ammissibilità, dalle [nn. 266 del 1998](#) (in un conflitto relativo al segreto di Stato) e [117 del 2006](#) (in materia referendaria), in cui il deposito in cancelleria della decisione è avvenuto il giorno seguente a quello di deposito del ricorso: un *record* di fatto imbattibile e tanto più impressionante se rapportato alla durata media di questa fase di 208,2 giorni. La sentenza di merito più rapida, invece, è la [n. 174 del 2009](#) (ancora in ambito referendario), con la quale la fase di merito è chiusa in soli 7 giorni (contro 439,8 di media), tanto che anche la sequenza più breve in assoluto è proprio quella data da questa stessa pronuncia e dall'[ordinanza n. 172 del 2009](#) che aveva dichiarato l'ammissibilità del conflitto: il tutto, in appena 12 giorni, a fronte di una media di 635,8.

Sotto il profilo qualitativo, l'analisi del campione, al contrario di quanto osservato per le pronunce ritardate, rende piuttosto arduo ricavare delle vere e proprie costanti che qualificano le decisioni

⁷⁵ Tenendo anche conto della consueta pausa estiva nei lavori della Consulta.

⁷⁶ Cfr. *supra*, par. 3.

⁷⁷ Ovvero le pronunce [nn. 82 del 1978](#); [379 del 1991](#); [184 del 1992](#); [263](#), [264](#) e [265 del 1993](#); [118](#), [216](#), [226](#) e [470 del 1995](#); [6](#), [269](#) e [338 del 1996](#); [9](#), [13](#), [131](#), [132](#), [171](#), [172](#) e [426 del 1997](#); [266 del 1998](#); [320](#) e [321 del 1999](#); [137 del 2000](#); [195 del 2003](#); [198 del 2005](#); [79](#) e [117 del 2006](#); [125 del 2007](#); [38](#), [230](#), [334](#) e [425 del 2008](#); [172 del 2009](#); [169](#) e [198 del 2011](#); [17 del 2013](#); [82](#) e [256 del 2016](#); [17 del 2019](#); cui adde l'ordinanza priva di numero che ha dichiarato l'ammissibilità del conflitto deciso poi, in via definitiva, con la [sentenza n. 406 del 1989](#), di cui si dirà nel testo. Si segnala che le [ordinanze 470 del 1995](#), [9 del 1997](#) e [137 del 2000](#) definiscono ciascuna due autonomi ricorsi, di modo che il numero totale di questi corrisponde a 44, ovvero, appunto, il 10% più basso dell'universo considerato.

⁷⁸ Si tratta delle [ordinanze nn. 253 del 2007](#) e [163 del 2009](#); nonché delle [sentenze n. 231 del 1975](#); [69 del 1978](#); [406 del 1989](#); [379 del 1992](#); [161](#), [383](#), [419](#), [420](#) e [435 del 1995](#); [7](#), [129](#), [379](#) e [385 del 1996](#); [102](#) e [265 del 1997](#); [110](#) e [342 del 1998](#); [121](#) e [417 del 1999](#); [284 del 2005](#); [106](#) e [174 del 2009](#); [1 del 2013](#) e [24 del 2014](#). Segnaliamo, anche rispetto a questo campione, che le decisioni [nn. 231 del 1975](#); [7 del 1996](#) e [106 del 2009](#) decidono contemporaneamente due ricorsi, di modo che i conflitti effettivamente decisi in modo eccezionalmente rapido nel merito sono 29.

⁷⁹ Si osservi che propriamente il campione dovrebbe essere di 29, ma è stato ampliato di una unità per il fatto che le sequenze di cui alle decisioni [nn. 263](#) e [464 del 1993](#) e [385 del 1998](#) e [121 del 1999](#), che chiudono la "graduatoria" delle sentenze lampo, presentano la medesima durata di 211 giorni.

⁸⁰ È il caso delle sequenze di cui alle decisioni [17](#) e [69 del 1978](#); ordinanza non numerata e [406 del 1989](#); [184](#) e [379 del 1992](#); [118](#) e [161](#), [215](#) e [435](#), [216](#) e [420](#), [226](#) e [383 del 1995](#); [470 del 1995](#) e [7 del 1996](#) (che riguardano due distinti ricorsi); [6](#) e [129](#), [269](#) e [379 del 1996](#); [13](#) e [102](#), [132](#) e [265 del 1997](#); [426 del 1997](#) e [110 del 1998](#); [230](#) e [425 del 2008](#) decise nel merito insieme con la [106 del 2009](#); [172](#) e [174 del 2009](#); [218 del 2012](#) e [1 del 2013](#).

lampo. Infatti, per quanto concerne il profilo soggettivo del conflitto si osserva una distribuzione percentuale analoga tra i vari poteri confliggenti, sia dal lato attivo che passivo, così come, sotto il profilo oggettivo, vi è una tale varietà di atti impugnati che non può nemmeno ipotizzarsi una qualche ricorrenza particolare. D'altra parte, non è nemmeno immaginabile ricollegare la rapidità delle decisioni al periodo storico in cui sono state adottate, poiché, se è vero che il campione si concentra soprattutto nel quinquennio 1995-1999, ciò riguarda comunque soltanto la metà delle decisioni esaminate e peraltro comprende fattispecie assai diverse tra loro, di modo che non sembra essere questo un dato significativo. Infine, neppure l'esito del giudizio pare collegato in qualche modo alla durata del processo, data l'estrema varietà che si registra anche sul punto.

Ciò detto, tuttavia, dall'analisi delle singole pronunce rientranti nel percentile estremo inferiore, si possono pur sempre ricavare, a nostro giudizio, alcune linee di tendenza che consentono di individuare un maggior grado di probabilità di riscontrare decisioni rapide in relazione talora ad aspetti processuali (A), talaltra all'ambito oggetto del giudizio o alle specificità delle fattispecie in esso coinvolte (B). Proviamo dunque a vedere singolarmente le due ipotesi (ed i relativi sottoinsiemi).

(A) Che la rapidità del giudizio dia luogo a pronunce di tipo processuale è, almeno in parte, piuttosto intuitivo, anche se, come vedremo a breve, ciò non significa né che tutte le decisioni in rito siano "lampo", né che tra queste ultime non vi siano pronunce che affrontano questioni di merito. Sono per la precisione tre i macro casi in cui elementi processuali sospingono tendenzialmente il Collegio ad agire con rapidità, ovvero:

A¹) le ipotesi di conflitti (palesemente) inammissibili fin dalla fase di delibazione preliminare;

A²) le fattispecie in cui, nella fase di merito, la Consulta, stante la perentorietà del termine per il deposito delle notifiche e del ricorso, dichiara improcedibile lo stesso per intervenuta decadenza;

A³) le cause nelle quali il ricorrente abbia fatto istanza al fine di ottenere dalla Corte un provvedimento sospensivo cautelare.

(A¹) La prima delle ipotesi sopra evidenziate rappresenta certamente un caso ricorrente, tanto che nel campione delle ordinanze "lampo" pronunciate nella fase di ammissibilità siffatte decisioni occupano poco meno della metà dei casi⁸¹. Del resto, in simili frangenti la rapidità del giudizio si spiega per la facilità di chiudere lo stesso e l'opportunità di non lasciare in sospeso conflitti che non potrebbero avere alcun seguito. Tuttavia, si tratta appunto di una percentuale, per quanto significativa, ben lungi dal rappresentare l'unica ipotesi, di modo che, se certo può dirsi che la palese inammissibilità può *probabilmente* portare ad una decisione lampo, questo non è certamente l'unico caso. Se poi si pone mente al fatto che alla Consulta sono stati sollevati conflitti palesemente inammissibili per la mancanza *ictu oculi* del presupposto soggettivo, i quali, ciò nonostante, sono stati decisi in tempi incredibilmente lunghi⁸², appare ancor più evidente che non può esservi *sic et simpliciter* sovrapposizione tra inammissibilità, anche palese, e pronunce "lampo".

⁸¹ Meritevole di menzione, in questo campione, è l'[ord. n. 256 del 2016](#), in cui il ricorso del Codacons fu deciso in soli tre giorni – nel senso appunto della inammissibilità in quanto l'associazione ricorrente non era, all'evidenza, configurabile come potere dello Stato – ma ciò avveniva proprio mentre la Corte, tutto all'opposto, rinviava ad un ruolo successivo le questioni pendenti relative all'*Italicum*, posticipandole a data successiva alla celebrazione del *referendum* costituzionale, utilizzando così i tempi del processo per allungarne la durata. Laddove, sebbene non sia mancato chi facesse notare che mentre nel conflitto tra poteri lo stesso ricorrente aveva sollecitato una trattazione rapida affinché vi fosse una pronuncia almeno provvisoria prima della consultazione mentre nel giudizio di legittimità occorreva dare tempo alle parti per costituirsi e dedurre (cfr. D. TEGA, *Italicum: perché la Corte non decide prima*, su [Il Mulino](#), 7 dicembre 2016), il sospetto che la Consulta abbia fatto ricorso a breve distanza di tempo a valutazioni di segno opposto, adattando i propri tempi ad esigenze di natura politica-costituzionale per accelerare o rallentare la durata del processo, resta difficile da sopire.

⁸² Basti pensare alle decisioni [nn. 174 del 2010](#) (per un conflitto sollevato contro il Parlamento europeo), [284](#) e [367 del 2008](#), [85 del 2009](#) e [121 del 2011](#) (riguardanti ricorsi di singoli cittadini) nonché [279 del 2011](#) (per un conflitto tra un ex membro del CSM e l'organo stesso), assunte rispettivamente in 129, 97, 204, 130, 267 e 179 giorni.

(A²) Per quanto riguarda le dichiarazioni di improcedibilità nella fase di merito, si tratta dell'applicazione di una norma processuale che, come già visto⁸³, la Corte fa con estremo rigore. Annoveriamo, invero, soltanto tre casi di questo tipo, cioè poco più del 10% dell'universo delle pronunce di merito considerate. Tra esse, eclatante è soprattutto l'[ord. n. 163 del 2009](#), che riguarda un caso in cui l'Autorità giudiziaria ricorrente aveva atteso quasi quattro anni per notificare (irritualmente, peraltro) al Senato il ricorso avverso una delibera di insindacabilità: con una durata di 112 giorni (pari a poco meno di 4 volte rispetto alla media) questa decisione rappresenta quella meno breve del campione delle decisioni di merito qui esaminate.

(A³) Un ultimo profilo processuale che può essere posto in relazione ad una maggiore ricorrenza delle pronunce lampo è la circostanza in cui si riscontri da parte dei ricorrenti l'espressa richiesta di un provvedimento cautelare, in analogia a quanto previsto dalla l. n. 87 del 1953 con riferimento ai (soli) conflitti intersoggettivi. In particolare, simili istanze sono state avanzate, sia pure non in modo esclusivo, in occasione di numerose pronunce che appartengono alla categoria "lampo" di cui andiamo discorrendo, quali le sequenze di cui alle [decisioni nn. 118 e 161 del 1995](#), [226 e 383](#) sempre del 1995, nonché le [ordinanze nn. 131 e 171 del 1997](#), [137 del 2000](#), [198 del 2005](#), [79 del 2006](#)⁸⁴ e [38 del 2008](#)⁸⁵.

Ora, la questione della ammissibilità di strumenti cautelari, pur nel silenzio della legge, nel corso di conflitti interorganici, è stata sciolta, in senso affermativo, dalla Corte, soltanto di recente con la [pronuncia n. 225 del 2017](#), laddove in precedenza essa si era limitata a non escluderne mai esplicitamente la possibilità, senza tuttavia aver neppure mai accolto nessuna richiesta al riguardo. Infatti, in questi casi, nella giurisprudenza anteriore alla svolta citata, si osserva come o la questione risultasse assorbita da decisioni di inammissibilità⁸⁶ o di estinzione del processo⁸⁷, oppure la Consulta decidesse di glissare sul punto⁸⁸, od ancora ragionasse della mancanza dei presupposti⁸⁹, e in particolare del *fumus boni juris*, atti a giustificare l'adozione del provvedimento sollecitato⁹⁰.

Ciò che qui interessa rilevare, tuttavia, è come il giudice costituzionale, a fronte di simili richieste, abbia saputo dare pur sempre una risposta adeguata ad assicurare effettività di tutela, dimostrando la sensibilità e la capacità di «venire incontro ad esigenze di celerità del proprio giudizio» con altri strumenti «essendo in grado di incidere sui tempi di questo, sia abbreviando i tempi delle notifiche, sia predisponendo in modo opportuno il ruolo»⁹¹, di modo tale che la decisione "lampo" si è spesso giustificata come risposta indiretta alle esigenze cautelari sollecitate da parte ricorrente.

⁸³ Vedi *supra*, par. 2.

⁸⁴ Sulle due pronunce del 2005 e 2006 v. E. MALFATTI, *Il conflitto* (2005-2007), cit., 381 ss., che giudica i tempi del giudizio del tutto adeguati a garantire una risposta tempestiva, confermando che la Corte ha gli strumenti che le consentono di dimostrare sensibilità alle esigenze di rapidità di tutela, anche senza fare ricorso a provvedimenti cautelari.

⁸⁵ Si osservi, peraltro, che dall'elenco restano escluse le [decisioni nn. 196 e 197 del 2011](#), in quanto solo per un soffio non rientrano nel campione, giacché la durata di quei giudizi è di 44 giorni (contro i 42 delle decisioni che rappresentano l'estremo limite del nostro campione).

⁸⁶ Come, per esempio, nell'[ord. n. 171 del 1997](#).

⁸⁷ È il caso della [sent. n. 383 del 1995](#).

⁸⁸ Come nell'[ord. 118 del 1995](#), salvo poi, con la [sent. n. 161 del 1995](#), limitarsi a prendere atto dell'assorbimento della questione nella decisione di merito, che come rilevato da E. MALFATTI - R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1993-1995), Torino 1996, 411, essendo «interventiva in tempi rapidissimi» appare tale «da soddisfare le pretese dei ricorrenti».

⁸⁹ Ciò che si è verificato, tra l'altro, nelle [ord. nn. 171 del 1997](#) e [137 del 2000](#).

⁹⁰ Il che, a parere di B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto tra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.* 2000, 1335, equivale comunque ad una implicita ammissione della possibilità di estendere la previsione di legge alla competenza qui in esame.

⁹¹ E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1996-1998), Giappichelli, Torino 1999, 429 ss. Sul punto si veda quanto già rilevato da E. MALFATTI - R. TARCHI, *Il conflitto*, cit., 410 ss., anche per più ampi riferimenti bibliografici, tanto conformi alla posizione espressa nel testo nel senso di ritenere non riprovevole la mancanza di poteri cautelari in questo frangente, quanto ad essa contrapposti, sulla considerazione che la necessità di rendere effettiva la tutela giurisdizionale, specie laddove siano in gioco garanzie costituzionali, debba ritenersi implicita pur in assenza di esplicite previsioni normative.

Del resto, con riguardo, più in generale, ai due strumenti testé citati, si può ricordare anzitutto, in merito alla gestione dei tempi delle notifiche, quanto riferito in precedenza⁹² circa la mancanza, di un termine legislativamente previsto per tale adempimento, tanto che questo si ricava esclusivamente dal Regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato, come insegna lo stesso giudice costituzionale. Il quale, tuttavia, in passato non sempre ha seguito questa previsione, preferendo invece, in alcuni casi, ritenuti meritevoli di una soluzione rapida⁹³, fissare per il ricorrente tempi assai più stringenti. Così, in alcune pronunce la Corte ha assegnato al ricorrente un lasso di soli quindici⁹⁴, dieci⁹⁵, sette⁹⁶ ed in un caso persino cinque⁹⁷ giorni per notificare il ricorso.

Rispetto alla gestione del ruolo, invece, possono ricordarsi i casi in cui il Collegio ha deciso di anticipare la data di discussione del ricorso, come avvenuto, in accoglimento di specifica istanza in tal senso avanzata dal ricorrente, in occasione della [sent. n. 120 del 2009](#), che, pur non rientrando tra le sentenze “lampo” (ma pur sempre piazzandosi ampiamente sotto la durata media della fase di ammissibilità), ha visto l’anticipazione della discussione del giudizio ad una camera di consiglio precedente⁹⁸.

(B) Passando dalle decisioni lampo dovute a ragioni eminentemente processuali a quelle legate all’ambito in cui il conflitto è insorto, si possono distinguere tre ipotesi in base alla *ratio* sottesa all’accelerazione dei tempi, individuando così tre gruppi di pronunce, ovvero:

B¹) quelle nelle quali la Consulta si trova a dover giudicare un conflitto sorto nel corso di un procedimento con una tempistica normativamente scandita, che non appare possibile od opportuno modificare, di modo che la celerità del Collegio si spiega alla luce della volontà di non interrompere il normale corso del procedimento nel cui contesto il conflitto è sorto;

B²) quelle in cui vi è una sorta di *periculum in mora*, per cui l’accelerazione dei tempi è ricercata dalla Corte al fine di evitare che una decisione tardiva produca un danno non rimediabile e renda di fatto vana la tutela giurisdizionale, ancorché non vi sia stata la richiesta di parte di un provvedimento cautelare;

B³) quelle che intervengono su vicende giurisprudenziali che, pur essendo molto eterogenee, hanno in comune tra loro l’estrema rilevanza (e non di rado delicatezza) sotto il profilo *lato sensu* politico, spesso accompagnata dalla circostanza di essere al centro dell’attenzione nell’opinione pubblica.

(B¹) Il primo gruppo di decisioni è quello delle pronunce, prevalentemente di inammissibilità rilevata già nella fase preliminare, intervenute nel quadro di un procedimento, le cui tempistiche rappresentano la cornice entro cui si inserisce il giudizio della Consulta.

Appartengono, anzitutto, a questo filone i numerosi interventi della Corte costituzionale durante l’*iter* referendario. Infatti, ben 15 ordinanze che definiscono la fase di ammissibilità (e quindi più di

⁹² Cfr. *supra*, nota 17.

⁹³ Scrivono sul punto E. MALFATTI - R. TARCHI, *Il conflitto*, cit., 408 ss., che tale scelta è stata effettuata «con riferimento a controversie che richiedevano interventi in tempi molto rapidi per non risultare inutili [...] ciò che ha consentito alla Corte di giocare un ruolo decisivo sulle questioni controverse». Analogamente anche M. CECCHETTI, *Problemi*, cit., 375, rileva, con riferimento ai termini di notificazione, «come la Corte provveda a “modularli” oculatamente secondo le esigenze che emergono, di volta in volta, nel caso concreto», ancorché egli sottolinei come non sempre ciò abbia necessariamente riflessi sulla durata complessiva del giudizio.

⁹⁴ Così nell’[ord. n. 251 del 1997](#), che dà avvio ad una sequenza record, in cui però le singole decisioni non rientrano nei rispettivi campioni od alla [n. 426](#) del medesimo anno, che inaugura invece una sequenza in cui ogni fase si pone nei percentili inferiori.

⁹⁵ Per esempio, nelle [ord. nn. 214, 215, 216 e 226 del 1995](#), tutte facenti parte di sequenze rientranti nel campione qui preso a rilievo e tre di esse appartenenti anche alle decisioni più rapide della fase di ammissibilità; o la [n. 132 del 1997](#), parimenti inserita in una sequenza record.

⁹⁶ Come nella [ord. n. 470 del 1995](#), che fa parte di una sequenza “lampo” in cui anche le singole decisioni si collocano nei percentili più bassi.

⁹⁷ V. l’[ord. n. 13 del 1997](#) in materia referendaria, che apre una delle sequenze qui considerate.

⁹⁸ Sulla vicenda, E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2008-2010), Giappichelli, Torino 2011, 284 ss.

un terzo di tale campione), 5 sentenze che definiscono il merito e 6 sequenze complessive tra quelle qui esaminate si inseriscono in questo ambito, laddove la Corte viene sollecitata ad intervenire, di norma, dal soggetto promotore (quasi sempre, tranne un solo caso, il Comitato), e l'accelerazione dei tempi si spiega con l'intento di evitare che una decisione anche solo in tempi *standard* della Consulta finisca per alterare il normale corso delle operazioni referendarie. Non è un caso che, proprio in una sentenza (la [n. 161 del 1995](#)) che rientra in questo gruppo, la Corte sia giunta anche ad affermare la possibilità di sindacare la legittimità di un decreto legge nell'ambito di un conflitto tra poteri, mutando l'orientamento giurisprudenziale avviato con la [sentenza n. 406 del 1989](#), per il fatto che, rispetto ad un provvedimento temporaneo e provvisorio, la garanzia costituzionale deve prevalere, stanti «i mutamenti irreversibili della realtà che lo stesso decreto abbia potuto produrre nel corso della sua precaria vigenza»⁹⁹.

Per fare un primo esempio di decisioni lampo in ambito referendario, ci sono pronunce in cui la Corte si occupa della prosecuzione dell'*iter* sulla nuova normativa approvata dalle Camere, come la [sent. n. 69 del 1978](#), adottata a tempo *record* nella (sola) fase di merito, al fine di far sì che l'Ufficio centrale potesse dare immediata applicazione all'art. 39 della l. n. 352 del 1970, come risultante dalla declaratoria di illegittimità di cui alla celebre [sent. n. 68 del 1978](#), depositata appena sei giorni prima¹⁰⁰.

Altre volte, la rapidità della Corte si manifesta in occasione di ricorsi aventi ad oggetto la regolazione della campagna referendaria e in particolare l'accesso alle tribune politiche, come, tra le altre, nella già citata sequenza di cui all'[ord. n. 118](#) e [sent. n. 165 del 1995](#) o in quella, che peraltro, come si è visto, rappresenta il *record* assoluto per celerità, di cui all'[ord. n. 172](#)¹⁰¹ e [sent. n. 174 del 2009](#).

Ancora, il giudizio della Corte si è svolto con particolare celerità in più di una occasione in cui ad essere oggetto di impugnazione era il decreto di indizione del *referendum* sotto il profilo della data prescelta dal Governo per lo svolgimento della votazione, asseritamente indirizzata a rendere più difficoltoso il raggiungimento del *quorum*. La necessità di sciogliere con rapidità questo nodo appare di tutta evidenza, se si considera che essa incide, com'è ovvio, su tutta la complessa procedura che porta alla consultazione popolare e influenza in modo assai rilevante l'organizzazione della stessa. Non appare perciò casuale che ad essere deciso velocemente sia stato già il primo conflitto in materia – con l'[ord. n. 131 del 1997](#) – così come gli altri successivi.

Da ultimo, può essere utile evidenziare che appartiene alla schiera delle decisioni più rapide l'[ord. n. 9 del 1997](#) con cui la Consulta ha fatto chiarezza sull'ampiezza del riconoscimento del Comitato promotore come potere dello Stato, precisando che esso non può costituire un organo permanente di controllo sugli sviluppi legislativi successivi all'espletamento della procedura referendaria, di modo che tale qualifica si esaurisce con la proclamazione dei risultati (ed eventuale abrogazione della normativa sottoposta a *referendum*).

Le vicende referendarie non sono però le uniche che vedono la Corte assestarsi su tempi di giudizio rapidissimi per l'esigenza di tener conto dei termini procedurali.

Appartengono, infatti, a questo filone anzitutto due ordinanze con cui la Consulta è stata chiamata a dirimere altrettanti conflitti nell'imminenza delle elezioni politiche del 9 e 10 aprile 2006. Si tratta, anzitutto, della [pronuncia n. 79 del 2006](#) con cui è stato definito il ricorso, presentato nel mese di

⁹⁹ Cfr. *Considerato in diritto*, punto 3 della sentenza.

¹⁰⁰ Si ricordi, peraltro, che la [sent. n. 68](#) risolve una questione sollevata d'ufficio dalla Corte stessa proprio nella fase di ammissibilità del giudizio sul conflitto che poi ha dato vita alla [sent. n. 69](#) di cui andiamo parlando, di modo che le due pronunce fanno inevitabilmente sistema. Per una ricostruzione della complessa vicenda giudiziaria (che ricomprende anche le [ordd. nn. 17 e 44 del 1978](#)), v. R. PINARDI, *L'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione*, Milano 2000, spec. 266 ss.

¹⁰¹ Nella quale si legge testualmente che «in considerazione dell'imminente svolgimento delle votazioni referendarie, l'applicazione alle fasi processuali successive all'ammissione del presente ricorso dei termini previsti dagli artt. 25 e 26 della legge n. 87 del 1953 produrrebbe una irrimediabile lesione dei diritti costituzionali coinvolti» e «pertanto, nel presente caso, si verifica una ipotesi di non applicabilità, ai sensi del quinto comma dell'art. 37 della legge n. 87 del 1953, dei termini processuali previsti dai surrichiamati artt. 25 e 26».

febbraio, da parte di un partito avverso la disciplina della legge elettorale, appena novellata dal Parlamento, che lo costringeva alla raccolta delle firme per la presentazione delle candidature, rendendo più remota la possibilità di riuscire effettivamente a partecipare alla consultazione popolare¹⁰², ricorso dichiarato inammissibile in fase liminare per la carenza del presupposto soggettivo, non essendo il partito politico configurabile quale potere dello Stato. Analogamente, ancor più a ridosso della data della votazione, con [ord. n. 117](#) dello stesso anno la Corte costituzionale si trovava a respingere come irricevibile, in quanto volto ad introdurre un conflitto di giurisdizione, il ricorso di una lista avverso provvedimenti giurisdizionali adottati nella fase prodromica del procedimento: tra il deposito del ricorso e quello della sentenza in cancelleria trascorrevano, come si è ricordato prima, un solo giorno facendo di questa pronuncia una delle più rapide in assoluto.

Anche la recente e celeberrima [ordinanza n. 17 del 2019](#) rappresenta una decisione lampo. Nel caso di specie, come noto, il procedimento nell'ambito del quale la Consulta era chiamata ad intervenire era l'*iter* di approvazione della legge di bilancio; il giudice costituzionale, infatti, era investito del ricorso di alcuni senatori (e del loro gruppo parlamentare) avverso le modalità con cui si stava svolgendo l'approvazione della legge di bilancio, tali da non garantire un adeguato tempo di discussione. Ora, il ricorso veniva depositato in cancelleria il 28 dicembre del 2018, a procedimento non ancora ultimato, ciò che sarebbe avvenuto soltanto qualche giorno dopo, con l'approvazione della Camera e la promulgazione del Capo dello Stato il 30 e la pubblicazione in Gazzetta ufficiale il 31 dello stesso mese: appena in tempo per evitare l'esercizio provvisorio del bilancio. Ora, in una pronuncia dove l'elemento temporale è centrale, anche come oggetto del *petitum*¹⁰³, ed in cui la necessità di rispettare i termini per l'approvazione del bilancio prima dell'inizio del nuovo esercizio finanziario assurge ad elemento decisivo per giustificare la ragionevolezza della limitazione subita dalle prerogative del singolo parlamentare¹⁰⁴, non appare casuale che, per un verso, la Corte abbia atteso che l'*iter legis* si perfezionasse in modo da non incidere su un dibattito parlamentare in corso e da non rendersi responsabile della mancata approvazione nei termini costituzionali della legge; avendo, però, al contempo cura, per altro verso, di fissare l'udienza immediatamente dopo la ripresa dei lavori successiva alla pausa natalizia, al fine di ridurre al minimo ogni elemento di incertezza sulla sorte della legge di bilancio appena approvata¹⁰⁵, ciò che avrebbe avuto evidenti ripercussioni

¹⁰² In tema si vedano le argomentazioni di S. CURRERI, *Non varcate quella soglia!*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 18 aprile 2006, 5 della *paper*, per il quale l'inammissibilità sarebbe stata dovuta al timore della Corte per le conseguenze di un giudizio tardivo (*i. e.*, successivo allo svolgimento delle elezioni) favorevole ai ricorrenti, laddove – a giudizio dell'Autore – proprio «la particolare celerità del presente giudizio (ricorso depositato il 7 febbraio, deciso in camera di consiglio il successivo 22, con dimezzamento dei termini) dimostra che la Corte avrebbe ben potuto decidere in tempo utile, eventualmente accogliendo il provvedimento d'urgenza richiesto dai ricorrenti per consentire loro di presentare liste senza firme».

¹⁰³ Giacché, come scrive N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in [Federalismi.it](#), n. 4/2019, 20 febbraio 2019, 12, al centro del ricorso vi era la mancanza del tempo materiale per consentire ai senatori – e specialmente ai membri della V Commissione – una effettiva conoscenza del testo.

¹⁰⁴ Come osserva F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in [Federalismi.it](#), n. 4/2019, 20 febbraio 2019, 4, «secondo la Corte, il fatto che i lavori siano avvenuti “sotto la pressione del tempo”, “senza che fosse stata del tutto preclusa una effettiva discussione nelle fasi precedenti su testi confluiti almeno in parte nella versione finale” rende le denunciate violazioni delle attribuzioni costituzionali dei ricorrenti non gravi e non manifeste, sì che farebbero difetto i requisiti stessi di ammissibilità del conflitto».

¹⁰⁵ Il punto è oggetto di particolare attenzione da parte di P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 5/2019, 3 settembre 2019, 11, secondo cui l'incertezza «che qualunque giudizio fa pesare sulla stabilità dei rapporti giuridici creati o modificati in base alla legislazione oggetto di scrutinio [...] è misurabile essenzialmente in termini temporali: più i tempi si dilatano, più i costi si aggravano, vuoi per il perdurare di una situazione non compiutamente definita, vuoi perché il decorso del tempo contribuisce ad allontanare il ricordo di un evento storico – l'irregolarità asseritamente commessa – fino a renderlo sfocato, o comunque di minor impatto se confrontato con l'attualità di un testo legislativo perfetto e, magari, già efficace da anni» di modo che la soluzione ideale richiede, tra l'altro, «un periodo di tempo breve entro cui il giudice si pronunci (o, ancor meglio, debba pronunciarsi); una denuncia che sia proposta in via preventiva e che, proprio facendo leva su tempi brevi di giudizio, abbia una risposta che condizioni l'entrata in vigore dell'atto, di modo che l'incertezza sui rapporti giuridici sia formalmente limitata alle mere aspettative di veder promulgato l'atto approvato».

negative, a tacer d'altro, sui mercati¹⁰⁶. Ciò spiega perché alla camera di consiglio del 9 gennaio del 2019 abbia fatto seguito una decisione il giorno successivo¹⁰⁷ e un deposito in cancelleria l'8 febbraio, contenendo così la durata entro termini temporali eccezionalmente ristretti, nonostante la complessa struttura formale dell'atto ben più simile ad una sentenza che non ad una ordinanza¹⁰⁸. Anzi, in dottrina si è argomentato che proprio l'esigenza di evitare il procrastinarsi nel tempo della decisione definitiva, che sarebbe inevitabilmente seguito al giudizio in due fasi previsto dalla l. n. 87 del 1953, per quanto la Corte fosse pronta a dimezzare i termini e decidere il più rapidamente possibile, rappresenterebbe la ragione giustificatrice del fatto che, sotto la forma di una ordinanza di inammissibilità del conflitto si celi la sostanza di una sentenza di rigetto nel merito¹⁰⁹.

(B²) Un secondo gruppo di ipotesi in cui la Corte sembra maggiormente propensa ad accelerare i tempi del proprio giudizio è quello costituito dai casi in cui, benché l'intervento del Collegio non rappresenti un incidente nel corso di un procedimento normativamente delineato e scadenzato, la questione richiede, *di fatto*, una trattazione urgente, al fine di evitare che, nelle more del giudizio, possa prodursi un danno irreparabile. Si tratta, in buona sostanza, di casi in cui la celerità del giudizio è la soluzione fattuale con cui la Corte rimedia alla mancanza *giuridica* di rimedi cautelari normativamente previsti, ancorché in assenza di istanza di parte in tal senso.

Al riguardo, esemplificativa è una serie di decisioni in cui l'oggetto del giudizio ruota intorno al segreto di Stato. Si tratta di diverse pronunce con le quali vengono definiti ricorsi che vedono contrapposti il Presidente del Consiglio dei ministri e l'Autorità Giudiziaria, talora inquirente talaltra giudicante, al fine di evitare che attività compiute dai servizi segreti venissero disvelate nel corso di adempimenti istruttori e passaggi processuali la cui pubblicità avrebbe compromesso la segretezza cui le stesse dovevano rimanere sottoposte¹¹⁰. Peraltro, nonostante si tratti di diverse pronunce distinte, soltanto due sono le vicende cui le stesse si riferiscono.

Infatti, rientrano nel campione delle decisioni "lampo" le sequenze date dall'[ordinanza n. 426 del 1997](#) e dalla [sentenza n. 110 del 1998](#) (entrambe peraltro nei percentili inferiori del rispettivo insieme)

¹⁰⁶ In termini analoghi, M. ARMANNI, *Il giudizio*, cit., 163-164, il quale evidenzia che la fissazione della discussione alla prima camera di consiglio utile, oltre a consentire la conclusione dell'*iter* parlamentare, «ha ridotto l'impatto distorsivo determinato dalla pubblicità di un atto [...] che, in teoria, sarebbe destinato a restare non conosciuto almeno fino alla decisione della Corte».

¹⁰⁷ Ovviamente accompagnata da un comunicato stampa, proprio al fine di tranquillizzare sull'esito del giudizio, in nessun caso tale da inficiare la validità della legge. Peraltro, la rapidità con cui la Corte è pervenuta al proprio giudizio è stata rilevata da alcuni commentatori. Tra essi, N. LUPO, *Un'ordinanza*, cit., 2, che parla di una «soluzione tempestiva e dichiaratamente compromissoria che chiude le porte al conflitto relativo alla legge di bilancio e al suo *iter*».

¹⁰⁸ Dato che, per l'estensione e l'importanza delle argomentazioni sviluppate, nonché per l'interna suddivisione tra una motivazione in fatto ed una motivazione in diritto, non si può che concordare con chi rileva che in questa ipotesi la Corte, «ancora una volta manipolando la struttura delle proprie decisioni», ha optato per una pronuncia che, «pur presentandosi come un'ordinanza di natura processuale, è in buona sostanza una sentenza» (in termini 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*, 2019/1, 73). Sul tema si veda anche quanto si dirà, *infra*, nel par. 6.

¹⁰⁹ Per questi rilievi cfr. N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*; E. CATERINA, *È possibile dichiarare costituzionalmente illegittima una (intera) legge di bilancio?*; e 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)*, tutti in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019, rispettivamente 8, 9 e 4 ss. del *paper*. L'ultimo Autore, in particolare, dopo aver suggerito il modello del conflitto tra poteri come strategia preferibile rispetto al giudizio di legittimità costituzionale per far valere vizi della legge di bilancio proprio tra l'altro per i tempi più rapidi in cui questo si svolge, con riferimento alla vicenda giurisprudenziale ed alla sua tempistica afferma che «il giudice delle leggi ha colto le occasioni che si sono presentate per perfezionare un nuovo "ritmo" di tutela dei diritti fondamentali, volto ad assicurare effettiva giustizia costituzionale in tempi celeri» di modo che si registra «un cambio di passo che vede la Corte abbandonare il tradizionale contegno attendista per assumere un piglio più concreto, che riconosce in prima battuta al legislativo la titolarità delle scelte politiche, ma esige risposte in tempi rapidi, dunque decide di decidere».

¹¹⁰ Non a caso, nella causa che ha dato vita alla [sentenza n. 110 del 1998](#) il Presidente ha eccezionalmente disposto la celebrazione dell'udienza a porte chiuse, secondo quanto previsto dall'art. 15 della legge n. 87 del 1953 per il caso in cui la pubblicità possa nuocere, tra l'altro, alla sicurezza dello Stato.

e dall'[ordinanza n. 266 del 1998](#) (che pure ha risolto in tempi assai celeri la fase di ammissibilità) e dalla [sentenza n. 410 del 1998](#) oltre alle due ordinanze di ammissibilità [nn. 320 e 321 del 1999](#), poi decise nel merito in tempi non (troppo) accelerati con la [sentenza n. 487 del 2000](#). Tutte queste pronunce riguardano il caso, in cui il conflitto tra gli organi si è protratto nel tempo in una sorta di prova di forza che ha visto vincitore il Governo, relativo ad indagini compiute dalla Questura di Bologna nei confronti di funzionari del SISDE e dei funzionari di polizia che con questi avevano collaborato¹¹¹.

Le altre decisioni più rapide in materia, invece, concernono la quanto mai intricata vicenda giudiziaria che ha visto coinvolti funzionari e direttore del SISMI (oltre che agenti della CIA) accusati di sequestro di persona ai danni dell'*imam* Abu Omar, indagato per attività terroristica. Due sono le sentenze con cui la Corte ha definito – a vantaggio del Governo – il caso *de quo*, ovvero la [n. 106 del 2009](#) e la [n. 24 del 2014](#). Con la prima di esse, la Consulta riuniva e definiva *uno actu* cinque ricorsi (tre governativi e due dell'Autorità Giudiziaria), susseguendosi a causa dell'avanzamento delle attività processuali dopo una iniziale sospensione, e proprio la necessità di questo accorpamento spiega perché possiamo individuare una ridotta durata del processo costituzionale “solo” in tre delle cinque ordinanze di ammissibilità, oltre che nella sentenza conclusiva. In buona sostanza, il Collegio avrebbe verosimilmente risolto tutto in tempi assai celeri, se non si fosse trovato a dover riunire ai primi tre ricorsi altri due presentati in tempi successivi, e, ciò nonostante, ha comunque assicurato tempi “lampo” non solo alle ordinanze di ammissibilità più recenti ma anche ad una di quelle più risalenti nel tempo. Ciò che dimostra la ferma volontà di intervenire quanto prima possibile per qualunque passaggio di una vicenda in cui l'urgenza era data dalla necessità di evitare che l'avanzare del procedimento giudiziario potesse produrre un danno irreparabile agli interessi costituzionali in gioco. Non a caso, anche la seconda decisione, che chiude definitivamente il caso Abu Omar, è stata adottata assai velocemente, sì da escludere che con un colpo di coda potesse riemergere quel pregiudizio che la Corte aveva con tanta sollecitudine cercato di evitare ed affermare la prevalenza incondizionata dell'interesse alla *salus rei publicae*¹¹².

Il segreto di Stato non è però l'unica ipotesi ad aver indotto la Corte ad abbreviare i tempi del giudizio per evitare danni irreparabili. Un caso significativo che merita di essere ricordato, in questo frangente, anche per il fatto che richiama pur sempre, per alcuni versi, il tema della “ragion di Stato”, è quello – celeberrimo – deciso con la [sentenza n. 1 del 2013](#) sulle intercettazioni di comunicazioni coinvolgenti il Capo dello Stato. A fronte del ricorso di questi avverso l'intenzione della Procura di Palermo, appresa peraltro dai mezzi di stampa, di chiedere in udienza la distruzione di intercettazioni nelle quali risultavano fortuitamente ricomprese anche conversazioni del Presidente Napolitano, la Corte, consapevole del fatto che un ritardo nella decisione avrebbe comportato la pubblicità del contenuto delle intercettazioni dovuta alla celebrazione dell'udienza¹¹³, ha accolto l'istanza dell'Avvocatura dello Stato per una trattazione “quanto più sollecita”¹¹⁴, depositando la sentenza di merito sostanzialmente a quattro mesi dal deposito del ricorso introduttivo della fase di ammissibilità. Peraltro, appare del tutto evidente che l'urgenza della trattazione non trova spiegazione soltanto nella esigenza materiale di scongiurare il *periculum in mora*, ma anche nella evidente impossibilità di addivenire ad una composizione stragiudiziale della controversia, che ben si evince dalla rigidità dei

¹¹¹ La vicenda è citata come esempio di “catene di conflitti” da E. MALFATTI, *Il conflitto* (2002-2004), cit., 336, la quale si riferisce ad un “trittico” di sentenze.

¹¹² Per tutti, v. E. MALFATTI - M. NISTICÒ, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2014-2016), Torino 2017, 323 ss. (anche per la dottrina ivi richiamata), ove si segnala che anche la Corte di Cassazione, nel dare seguito alla sentenza prendendo atto della statuizione del giudice costituzionale, ha voluto contribuire alla rapida e definitiva chiusura del conflitto, decidendo per l'annullamento senza rinvio in appena 11 giorni.

¹¹³ Evidenzia il legame tra la rapidità del giudizio e la ferma intenzione della Procura di seguire l'ordinaria procedura in udienza pubblica U. DE SIERVO, *Una buona sentenza a tutela delle libertà del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.* 2013, 66.

¹¹⁴ Come ricordano R. ROMBOLI, *Nota redazionale*, in *Foro It.* 2013, V, 408; e U. DE SIERVO, *Una buona sentenza*, cit., 65.

poteri confliggenti sulle rispettive posizioni, di modo che «in un clima simile, appurata l'impossibilità di collaborazione e l'inutilità di rinviare ulteriormente al domani ciò che richiedeva definitivamente una soluzione risolutiva ed *in tempi rapidi*»¹¹⁵, l'unica alternativa era, per il Capo dello Stato, il ricorso al conflitto e per la Corte la sua celere definizione. Non solo, ma certamente sulla decisione della Consulta ha notevolmente inciso il particolare contesto politico in cui la vicenda si stava svolgendo, tanto che, sotto questo profilo, è possibile affermare che la decisione in parola si pone al confine tra il secondo e il terzo gruppo di decisioni che qui abbiamo individuato. Infatti, è ben noto come, a seguito della diffusione della notizia del presunto coinvolgimento del Presidente Napolitano nell'inchiesta sulla trattativa Stato-mafia, si fosse levata un'aspra polemica con vivaci attacchi nei confronti del Capo dello Stato, laddove la stessa terzietà della Consulta era stata messa in dubbio, persino da un suo *ex* Presidente¹¹⁶: in questo contesto, trova ulteriore giustificazione la scelta del Collegio di addivenire in tempi ridotti ad una decisione¹¹⁷, nonostante il fatto che, per la delicatezza del caso, fossero stati nominati due relatori e due redattori¹¹⁸, con inevitabile maggiore aggravio di lavoro.

(B³) Un terzo gruppo di decisioni “lampo” riguarda, infine, una congerie di pronunce, assai eterogenee tra loro quanto ad oggetto del contendere, ma accomunate dalla estrema rilevanza politica (oltre che, in molti casi, giuridica) della causa, non di rado al centro anche di un più ampio dibattito nell'opinione pubblica, analogamente, peraltro, a quanto si è già rilevato a proposito dell'ultima sentenza citata al punto precedente. Nel seguito daremo conto dei casi più significativi che possiamo ascrivere a questo ambito, trattandoli in ordine cronologico.

La prima questione molto rilevante, almeno sotto il profilo istituzionale, è quella che ha portato all'adozione della [sentenza n. 406 del 1989](#), che, unitamente alla ordinanza, non numerata, che ha deciso per l'ammissibilità del conflitto, è stata decisa in tempi collocabili nei più bassi percentili. Il caso è piuttosto noto, soprattutto per il fatto che oggetto del conflitto fu, per la prima volta, un atto legislativo, e per la precisione l'art. 16 della l. n. 400 del 1988, che esclude il controllo della Corte dei conti sugli atti governativi aventi forza di legge. Laddove, proprio la duplice necessità di sciogliere ogni dubbio, per un verso, riguardo al punto delicato della definizione dell'ampiezza dei poteri normativi dell'Esecutivo e, al contempo, dei limiti alla funzione di controllo intestata al giudice contabile, nonché, per altro verso, sotto il profilo processuale, sulla possibilità di fare ricorso allo strumento del conflitto tra poteri per portare al sindacato della Consulta un atto legislativo¹¹⁹, spiegano la tempistica ridotta della decisione.

Nei primi anni novanta si registrano altre pronunce “lampo” su ricorsi del CSM, la cui rapidità di trattazione trova, analogamente alla precedente, la propria ragion d'essere nella rilevanza istituzionale

¹¹⁵ Così S. GIANELLO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013: l'occasione per riflettere sulla responsabilità e sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale italiano*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2013, 6 settembre 2013, 13 (corsivo nostro).

¹¹⁶ Molto significativa sul punto la ricostruzione di U. DE SIERVO, *Una buona sentenza*, cit., 66 ss., che parla di una «anomala e virulenta politicizzazione della controversia» [...] mentre la Corte costituzionale è stata descritta come un organo del tutto privo di autonomia rispetto al Presidente della Repubblica; al tempo stesso, si sono avanzate abnormi ed offensive critiche contro vari giuristi che, collaborando a quotidiani, avevano espresso opinioni sostanzialmente adesive alla determinazione presidenziale di ricorrere alla Corte» laddove «non si può nemmeno sottovalutare il probabile notevole impatto prodotto anche sui giudici costituzionali dell'anomalo intervento pubblico sul tema di un autorevole *ex* presidente della Corte, che ha affermato l'inopportunità di un conflitto che coinvolga il Presidente».

¹¹⁷ È questa la chiosa, molto significativa ai nostri fini, di U. DE SIERVO, *Una buona sentenza*, cit., 67, ove l'A. afferma che «l'esperienza di giudice porta a dire che proprio dinanzi a opinioni e pressioni del genere i giudici si sentono molto impegnati ad esercitare rapidamente i propri poteri».

¹¹⁸ Come ricordano E. MALFATTI - M. NISTICÒ, *Il conflitto* (2011-2013), cit., 338.

¹¹⁹ È peraltro curioso osservare come anche in altre circostanze legate all'ammissibilità di conflitti su atti legislativi la Corte abbia deciso in tempi assai ristretti, forse per non precludere la materiale possibilità di proporre la questione di legittimità costituzionale ed evitare di essere poi costretta a decidere nel merito il conflitto, dirottando la controversia dalla sua sede naturale. Per la precisione, si tratta della [sent. n. 284 del 2005](#), su un giudizio promosso dal CSM, e l'[ord. n. 17 del 2013](#), che dichiara inammissibile il conflitto promosso dal PM di Taranto avverso il decreto legge per il salvataggio dell'ILVA, peraltro su sollecitazione dello stesso ricorrente.

dei conflitti. Si tratta, per la precisione, della sequenza formata dall'[ordinanza n. 184](#) e dalla successiva [sentenza n. 379 del 1992](#) (a loro volta, entrambe “lampo”), con la quale viene chiarito il valore del previsto “concerto” del Ministro di grazia e giustizia per il conferimento di incarichi direttivi di uffici giudiziari, riconoscendo tra l’altro per la prima volta tanto l’autonoma legittimazione a tale soggetto nel conflitto tra poteri quanto la configurabilità del CSM come potere dello Stato¹²⁰, e delle due sentenze (le cui rispettive ordinanze di ammissibilità solo per una manciata di giorni non rientrano nel novero delle decisioni eccezionalmente veloci) [nn. 419](#) e [435 del 1995](#), nelle quali l’organo di autogoverno della magistratura ordinaria contestava la possibilità di essere oggetto di un giudizio di ottemperanza da parte del giudice amministrativo, sempre con riferimento al conferimento di incarichi direttivi, laddove anche l’esigenza di non lasciare nell’incertezza la direzione di delicati uffici giudiziari ha verosimilmente inciso nella scelta acceleratoria del Collegio. Peraltro, è curioso osservare che le due sentenze hanno una motivazione letteralmente identica¹²¹, il che è probabilmente dovuto proprio alla volontà di accelerare i tempi nella decisione della seconda di esse.

Nel medesimo periodo, la Consulta adotta due importanti sequenze decisorie assai rapide – di cui alle [ordd. nn. 264](#) e [265](#) e alle [sentenze nn. 462](#) e [463 del 1993](#) – relative a vicende rilevanti, sì, sotto il profilo istituzionale¹²², ma soprattutto oggetto di estrema attenzione da parte del mondo politico e dell’opinione pubblica. Nel pieno dell’inchiesta “Tangentopoli”, infatti, venivano impugnate dai giudici competenti le delibere di diniego di autorizzazione a procedere in giudizio nei confronti di due imputati eccellenti, destinati a divenire tra i simboli dell’inchiesta stessa: il senatore Severino Citaristi, allora tesoriere della Democrazia Cristiana, e il deputato Bettino Craxi, segretario del PSI. Sotto la pressione del dibattito in corso nel Paese, che come noto porterà di lì a poco fino alla revisione dell’art. 68 Cost., la Corte deposita le ordinanze di ammissibilità dopo meno di due settimane dal giorno del deposito dei ricorsi¹²³, dimostrando di volere contribuire alla più rapida definizione di una inchiesta giudiziaria dalle conseguenze molto significative per il sistema politico del Paese e di non voler rischiare una propria delegittimazione, che sarebbe potuta conseguire ad un indugio su una vicenda di tanto spessore.

Tra le pronunce più veloci della Corte vi è anche la sequenza costituita dall’ordinanza n. 216 e dalla [sentenza n. 420 del 1995](#), con cui veniva risolto il conflitto sollevato da un’autorità giudiziaria requirente avverso un regolamento del Ministero dell’interno relativo alla formulazione dei piani di protezione per i pentiti. Non sembra casuale che la Corte manifesti l’intenzione di risolvere il più celermente possibile il conflitto proprio in relazione ad un giudizio relativo ad uno dei più efficaci metodi investigativi di contrasto alla criminalità organizzata – ovvero quello dei collaboratori di giustizia – negli anni immediatamente seguenti alle stragi di mafia ed esattamente in un periodo in cui il Paese assisteva ad un proliferare di “vendette trasversali” nei confronti di parenti dei pentiti. Non solo, ma è probabile che una certa pressione sul Collegio sia stata esercitata per il fatto che, come testimonia la stampa quotidiana di quel periodo, la decisione conclusiva della sequenza risultava particolarmente attesa. Giacché, sulla base delle parole pronunciate dal Presidente Baldassarre durante la conferenza stampa annuale, ci si aspettava ragionevolmente che essa avrebbe fornito utili indicazioni in tema di garanzie di indipendenza del Pubblico Ministero, di cui il Parlamento avrebbe

¹²⁰ Come scrive R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1990-1992), Torino 1993, 251 ss., la decisione aveva un particolare rilievo, tanto da giustificarne numerosi commenti anche sulla stampa quotidiana (per i quali si veda la nota bibliografica *ivi* riportata).

¹²¹ L’osservazione si legge in E. MALFATTI - R. TARCHI, *Il conflitto*, cit., 430, i quali parlano di un «caso più unico che raro».

¹²² Riconoscendo, tra l’altro, insieme alla contemporanea ordinanza n. 263, depositata lo stesso giorno ma attinente ad una diversa vicenda, e anch’essa decisione “lampo”, per la prima volta la legittimazione a sollevare conflitto da parte del Pubblico Ministero: cfr. E. MALFATTI - R. TARCHI, *Il conflitto*, cit., 353.

¹²³ Si osservi, per la precisione, che nelle due vicende giudiziarie citate possono ascrivere ai percentili più bassi di durata che qui analizziamo solo l’ordinanza di ammissibilità e la durata complessiva del processo, non invece la fase di merito, senza che ciò tuttavia faccia venir meno le considerazioni espresse nel testo, posto che ciò che più rileva è, naturalmente, la complessiva rapidità del giudizio unitariamente inteso.

potuto tener conto nella discussione sulla separazione delle carriere, tema caldo dell'agenda politica¹²⁴.

Ancora nel medesimo lasso di tempo la Consulta si trova a dover risolvere due conflitti particolarmente significativi sotto il profilo istituzionale, e proprio l'esigenza di chiarire velocemente l'assetto costituzionalmente conforme dei rapporti tra gli organi confliggenti porta a decisioni "lampo".

La prima di queste vicende è il noto "caso Mancuso", con cui la Corte giunge a dichiarare, con la [sentenza n. 7 del 1996](#)¹²⁵, che spetta al Parlamento il voto di sfiducia anche a carico di un solo Ministro ed al Presidente della Repubblica conferire l'incarico ad un soggetto diverso, in sostituzione di quello sfiduciato, ancorché non dimessosi volontariamente. Ebbene, se il deposito del ricorso, ad opera del(l'ex) Ministro Mancuso avveniva il 23 ottobre del 1995 – e cioè quattro giorni dopo l'approvazione della mozione – la Corte depositava l'ordinanza, dopo due camere di consiglio, il 27 ottobre, di modo che la fase di merito poteva prendere avvio dopo appena otto giorni dall'adozione degli atti impugnati. Non solo, ma l'intera vicenda veniva risolta nei primi giorni di gennaio dell'anno successivo, così che in meno di tre mesi veniva rimossa ogni incertezza sulla legittimità della procedura seguita.

La seconda fattispecie è quella giornalmisticamente nota come la vicenda dei "parlamentari pianisti", affrontata, in sede di ammissibilità, con l'[ordinanza n. 269](#) e quindi definita nella fase di merito con la [sentenza n. 379 del 1996](#). Si tratta, come noto, del conflitto promosso dalla Camera dei deputati per affermare la carenza di giurisdizione del giudice ordinario rispetto a fatti, astrattamente configurabili come reato, compiuti nello svolgimento dell'attività parlamentare e ricadenti perciò nella sfera di applicazione dei relativi regolamenti. Ebbene, se l'ammissibilità veniva dichiarata in soli otto giorni dal deposito del ricorso, la decisione di merito giungeva in tre mesi, facendo sì che in entrambe le fasi il processo si svolgesse il più rapidamente possibile, al fine di fugare ogni dubbio sull'ampiezza dell'autonomia parlamentare e sulla legittimità delle delibere adottate dalle Camere.

Un'ultima decisione sul finire dello stesso decennio merita di essere ricordata per la particolarità della vicenda, la cui rilevanza, più che istituzionale, è nuovamente nel clamore del dibattito pubblico scaturito intorno al caso della "cura Di Bella". Il conflitto nasceva dall'impugnazione della decisione di un giudice civile di nominare un CTU al fine di acquisire dati scientifici sulla terapia, da poter eventualmente contrapporre a quelli su cui si basava la sperimentazione avviata dal Ministero. Interessante è osservare che soltanto la fase di merito e la durata complessiva della sequenza hanno una durata insolitamente breve, essendo la [sentenza n. 121 del 1999](#) depositata poco più di tre mesi dopo il ricorso, mentre nella fase di ammissibilità, definita con l'[ordinanza n. 385 del 1998](#), teoricamente ben più rapida trattandosi di una delibazione sommaria, il Collegio è giunto alla decisione in un tempo sostanzialmente analogo, se si considera che il ricorso depositato a metà agosto è stato discusso in camera di consiglio a fine ottobre e la decisione depositata un mese più tardi¹²⁶. L'apparente stranezza può ben spiegarsi se si considera che, in questo modo, la Consulta ha potuto attendere la fine completa del protocollo di sperimentazione, prevista per il 31 ottobre, prima di aprire la via del conflitto, che a quel punto, per chiudere definitivamente una questione che aveva esasperato il dibattito, anche scientifico, e creato forti contrapposizioni in un ambito della medicina particolarmente delicato, per la gravità delle patologie oggetto della terapia, si poteva invece opportunamente definire in tempi assai celeri.

È legato all'ambito sanitario anche un ulteriore caso, che ci sembra doveroso ricordare, nel quale la pressione mediatica e politica ha verosimilmente indotto la Corte ad un giudizio assai rapido,

¹²⁴ Il rilievo è di E. MALFATTI - R. TARCHI, *Il conflitto*, cit., 357, cui si rinvia anche per le citazioni degli articoli di cronaca.

¹²⁵ La quale rappresenta il seguito dell'[ord. n. 470 del 1995](#), pure ascrivibile alle decisioni più rapide, di modo che tutta la sequenza rientra nel campione qui analizzato.

¹²⁶ Il che significa che la durata di questa decisione (106 giorni) è, sì, superiore di oltre doppio rispetto a quella del campione delle pronunce "lampo" di ammissibilità qui analizzato (che si ferma al limite massimo di 42 giorni), e pur tuttavia si tratta pur sempre di una pronuncia assai veloce, dato che la sua durata è all'incirca la metà della media generale della fase di ammissibilità (che, lo ricordiamo, è di 208,2 giorni).

ovvero quello dell'[ordinanza n. 334 del 2008](#), con cui è stata dichiarata la inammissibilità del conflitto sollevato dalle Camere contro la Corte di Cassazione e la Corte d'appello di Milano, in relazione alla sentenza della prima ed al decreto della seconda con cui veniva autorizzata la sospensione del trattamento di alimentazione artificiale di Eluana Englaro. Ora, il conflitto sollevato dal Parlamento tendeva a bloccare un provvedimento giurisdizionale che poneva fine a una vicenda giudiziaria in corso da ormai molti anni, ma è ben noto come un'aspra contrapposizione, sia nel mondo politico che nell'opinione pubblica, avesse radicalizzato il conflitto sul più ampio tema del fine vita, ben al di là (ed anzi, sulle spalle) della sfortunata ragazza coinvolta nel caso specifico. Ed è dunque assai verosimile immaginare che, proprio per garantire, anche nell'«ultima fortezza»¹²⁷ rappresentata dal conflitto tra poteri, l'esecuzione di un provvedimento dagli effetti così divisivi sotto tanti profili, la Consulta abbia cercato di dare il proprio contributo per avviare nel minor tempo possibile la vicenda alla sua definitiva soluzione¹²⁸. Compito, peraltro, agevolato, nel caso specifico, dalla palese infondatezza del conflitto sollevato dai ricorrenti, che in dottrina si è giunti a bollare come «temerario»¹²⁹.

6. Riflessioni conclusive, allargando lo sguardo

Che il giudizio sul conflitto tra poteri dello Stato abbia forme processuali alquanto flessibili e appena tratteggiate dalla legge, lasciando un ampio margine per la configurazione delle norme sul processo allo stesso giudice costituzionale – lo ricordavamo nell'aprire le presenti note – è considerazione diffusa in dottrina e quanto mai condivisibile¹³⁰. L'indagine che abbiamo condotto dimostra che anche la regolazione dei tempi processuali rientra in questo *cliché*, giacché, lungi dal trovare una rigida disciplina legislativa, tutto al contrario fornisce alla Consulta un ulteriore strumento di cui disporre direttamente, al fine di conformare le regole del proprio giudizio in base alle necessità (od opportunità) del caso concreto sottoposto al suo esame.

Infatti, la ricerca empirica svolta sulla durata dei giudizi sui conflitti interorganici e l'analisi dei casi rientranti nei percentili inferiori e superiori del campione dimostrano la capacità (e l'abilità) della Corte nel maneggiare i tempi per ottenere il risultato ritenuto più funzionale¹³¹. Da un lato, accelerando il giudizio fino al punto di rendere di fatto non necessaria la tutela cautelare (riconosciuta espressamente, come si è visto, solo dopo più di sessant'anni di giurisprudenza), anche disponendo *praeter (se non contra) legem* con riguardo ad aspetti processuali, per esempio con la fissazione di ridottissimi termini di notifica: il tutto, peraltro, senza che si possano rilevare costanti, a dimostrazione del fatto che è la logica del caso a guidare le statuizioni del giudice costituzionale. Dall'altro lato, poi, rallentando i tempi decisionali, in un contesto che prescinde pressoché del tutto dal carico di arretrato gravante sul ruolo, allorquando vi sia una incertezza su nodi di merito da sciogliere o ragioni di opportunità suggeriscano di decidere... di non decidere in tempi troppo brevi.

¹²⁷ Secondo la nota definizione di R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit.

¹²⁸ Si osservi, infatti, che il Collegio ha deciso e depositato in cancelleria l'8 ottobre 2008 il ricorso depositato soltanto il 17 settembre precedente.

¹²⁹ Così G. GEMMA, *Parlamento contro giudici: un temerario conflitto di attribuzioni sul "caso Eluana"*, in *Giur. cost.* 2008, 3723 ss.; nello stesso senso, tra i tanti, si veda anche R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro It.* 2009, I, 42.

¹³⁰ *Ex plurimis*, v. R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit. 159 ss.; M. CECCHETTI, *Problemi*, cit., 339 ss., che sottolinea come «nel giudizio sui conflitti tra poteri sono proprio i tratti tipici delle forme processuali a subire le tensioni più forti»; e, più recentemente, M. ARMANNI, *Il giudizio*, cit., 154-156, il quale evidenzia come, se la nozione di «processo costituzionale» è discutibile e discussa in generale nella giustizia costituzionale, essa sembra essere ancor più difficilmente configurabile in relazione al conflitto tra poteri ed in specie alla fase di ammissibilità in cui la scarsa formalizzazione e la flessibilità della procedura appaiono maggiori.

¹³¹ Di «“gestione oculata” dei tempi del processo», tale da consentire alla Corte di «“scegliere” discrezionalmente il momento più opportuno in cui intervenire con la propria decisione sulla controversia sottoposta al suo esame» ragiona M. CECCHETTI, *Problemi*, cit., 374.

L'atteggiamento tenuto dalla Corte nei conflitti su delibere di insindacabilità adottate dalle Camere ai sensi dell'art. 68 Cost. è quanto mai emblematico dell'esistenza di una discrezionalità tale da consentire al giudice costituzionale di tenere, in contesti *giuridicamente* analoghi, condotte diametralmente opposte (per valutazioni di ordine essenzialmente *politico-istituzionale*). Infatti, come s'è detto, mentre all'inizio degli anni '90, in piena inchiesta Tangentopoli, la Corte, a fronte di processi a carico di imputati eccellenti, decideva in tempi brevissimi per non essere coinvolta in una procedura giudiziaria devastante sull'intero sistema istituzionale, sul finire dello stesso decennio – e per i due lustri successivi – essa faceva registrare la stragrande maggioranza delle decisioni ritardate, dimostrando un'estrema cautela che, se può trovare in parte spiegazione nella necessità di sciogliere questioni di merito emerse dopo l'apertura a questo tipo di conflitti avviata a partire dal 2000, sicuramente trova spiegazione (anche) nell'imbarazzo di dover giudicare, in un periodo di «notevole “fibrillazione” sul piano politico»¹³², conflitti coinvolgenti, per la maggior parte dei casi, esponenti di una maggioranza di Governo dichiaratamente ostile alla Consulta¹³³, tanto da aver previsto, nell'ambito di un progetto di riforma costituzionale, una modifica della sua composizione volta ad accrescere il peso della componente di elezione parlamentare¹³⁴.

Ora, la discrezionalità del Collegio nel disporre dei propri tempi è caratteristica comune anche ad altre competenze esercitate dalla Consulta e ciò è previsto a tutela del giudice costituzionale stesso, al fine di attribuirgli uno strumento per evitare di essere delegittimato da un coinvolgimento troppo diretto nell'agone politico, che potrebbe conseguire alla necessità di dover rispettare termini rigidi e perentori¹³⁵. Laddove, se ciò è vero in generale, non può che valere *a fortiori* per la procedura di cui ci stiamo occupando nella quale, infatti, poiché la Corte assume un ruolo arbitrato tra poteri dello Stato confliggenti, la commistione tra politica e giurisdizione si fa più evidente ed inestricabile. In questa prospettiva, pertanto, se già in relazione ad altre competenze dell'organo di giustizia costituzionale avevamo espresso un giudizio favorevole alla preferenza del legislatore per regole processuali “leggere”, così come, parimenti, ci era parso degno di approvazione l'esercizio in concreto di una pur ampia discrezionalità da parte della Consulta sulla modulazione dei tempi processuali¹³⁶, tale valutazione positiva crediamo meriti di essere confermata, in linea astratta e tendenziale, pure con riferimento ai conflitti interorganici. Ciò in ragione del carattere (anche politico) del giudizio in materia ed in coerenza con la configurazione positiva di questa competenza della Corte, la quale, come si è più volte ripetuto, assume un carattere residuale che giustifica la maggiore flessibilità delle regole processuali¹³⁷ ed in cui l'esistenza – si badi, solo per questa competenza – di una prima fase volta a decidere *inaudita altera parte* sull'ammissibilità stessa del conflitto sembra

¹³² M. ARMANNI, *Il giudizio*, cit., 95, che pone in evidenza come si tratti del decennio in cui c'è stato il tentativo di far evolvere la forma di governo in direzione bipolare, ciò che spiegherebbe anche l'alta conflittualità registrata nel periodo.

¹³³ Per limitarci a qualche episodio significativo riportato dalle cronache del periodo, v. [Berlusconi attacca la Consulta e scatena un coro di critiche](#), in *La Repubblica*, 24 marzo 2001; [Berlusconi attacca la Corte e Napolitano](#), in *Il Corriere della sera*, 7 ottobre 2009; [Il Premier attacca la Consulta: “sono stanco delle ipocrisie”](#), in *La Repubblica*, 10 dicembre 2009.

¹³⁴ Il d.d.l. cost. S-2544 della XIV legislatura, sottoposto a referendum confermativo il 25-26 giugno 2006, prevedeva infatti che i giudici della Corte costituzionale, fermo il numero complessivo di 15, venissero eletti dal Parlamento in numero di sette (per la precisione, tre dalla Camera e quattro dal Senato), mentre gli altri otto avrebbero continuato ad essere in parte nominati dal Presidente della Repubblica ed in parte eletti dalle Supreme Magistrature (eccetto quella contabile) in eguale misura tra loro.

¹³⁵ V., in tal senso, quanto rilevato in S. SCAGLIARINI, *Il tempo*, cit., 197 ss., in relazione al giudizio in via incidentale; nonché in R. PINARDI - S. SCAGLIARINI, *I tempi*, cit., spec. 692 ss., con riferimento ai conflitti intersoggettivi.

¹³⁶ Cfr., oltre agli scritti citati nella nota precedente, anche S. SCAGLIARINI, *La ragionevole lunghezza*, cit., spec. 479-480.

¹³⁷ In questa prospettiva R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 161, afferma che non vi sono regole inderogabili, ma soltanto (poche) norme di natura cedevole – e quindi derogabili da parte dell'organo decidente – a fronte di superiori interessi che l'Autore, richiamando C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano 1990*, 63 ss., individua nella «esigenza di un corretto ed equilibrato funzionamento della forma di governo» e della correttezza della collocazione della Corte al suo interno.

manifestare, sopra ogni altro profilo, il ruolo marcatamente arbitrale che la Consulta è chiamata ad assumere in questi frangenti¹³⁸.

Il contesto attuale della giustizia costituzionale – e dell’assetto istituzionale più in generale – dal quale nessuna seria indagine, tanto più se intende fondarsi su evidenze empiriche, può prescindere, induce però ad accompagnare la portata della valutazione positiva, in astratto, sopra tratteggiata da opportuni distinguo e significative cautele in concreto. Infatti, assistiamo attualmente ad una fase in cui il pendolo della giustizia costituzionale – come è stato autorevolmente scritto – tra l’anima giurisdizionale e quella politica sta decisamente oscillando verso questa seconda¹³⁹, che vede nella gestione dei tempi, della quale ci siamo occupati in questa sede uno degli strumenti utilizzati¹⁴⁰. Lo si riscontra, in generale, come ha rilevato la dottrina più sensibile, da una serie di elementi: dalla obliterazione della pregiudizialità nelle sentenze in materia elettorale¹⁴¹ al superamento delle rime obbligate in materia penale¹⁴², dalla affermazione esplicita del potere di differimento degli effetti temporali nel nome di un bilanciamento delle regole processuali con interessi sostanziali, tale da condurre alla totale irretroattività della sentenza¹⁴³, alla assegnazione di un termine al legislatore per provvedere al fine di rimuovere un’illegittimità accertata ma non dichiarata¹⁴⁴, sono ormai numerosi gli esempi di una Corte che, con una pluralità di strumenti, assume un ruolo proattivo, non sfruttando solo la flessibilità delle regole processuali, ma statuendo talora anche in aperto dispregio delle medesime. Nello stesso campione qui esaminato abbiamo d’altra parte osservato l’esempio dell’[ordinanza n. 17 del 2019](#), in cui, come abbiamo visto, anche al fine di abbreviare i tempi di un giudizio in cui la rapidità era elemento essenziale rispetto a valutazioni di politica costituzionale, il Collegio non ha esitato a utilizzare la forma della ordinanza per dare sostanza ad una decisione di merito (che avrebbe quindi richiesto la diversa forma della sentenza), violando così una norma processuale con ricadute negative assai rilevanti sul diritto di difesa e sul rispetto del principio del contraddittorio¹⁴⁵.

In questo contesto, allora, non va sottaciuto che un esercizio “audace” della discrezionalità temporale di cui è titolare il giudice dei conflitti, se in circostanze diverse e di minore esposizione complessiva della Corte rappresenta uno strumento utile e giustificabile a sua disposizione (e *protezione*), inserendosi oggi in una fase del sistema di giustizia costituzionale di sovrapposizione politica del giudice costituzionale, va per quanto possibile evitato per non alimentare, a sua volta, un fenomeno che va a nostro avviso assolutamente evitato o quanto meno massimamente circoscritto.

¹³⁸ In termini, A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in *Giur. cost.* 1986, 793.

¹³⁹ Così R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, in ID. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Giappichelli, Torino 2017, 4 e, nel medesimo senso, numerosi degli altri Autori *ivi* intervenuti.

¹⁴⁰ Annovera la gestione dei tempi come uno degli elementi che ha consentito lo spostamento del pendolo nella direzione indicata nel testo M. ARMANNO, *Il giudizio*, cit., 38, che indica in particolare nella fase di ammissibilità il filtro politico rispetto a procedure per sempre di stampo giurisdizionale.

¹⁴¹ Il riferimento è alle [sentenze nn. 1 del 2014](#), [110 del 2015](#) e [35 del 2017](#), sulle quali, nella prospettiva del discorso più generale che qui stiamo conducendo, v. R. PINARDI, *La Corte*, cit., 1898-1903, cui rinviamo anche per più ampia bibliografia sulle pronunce citate.

¹⁴² Su questo recente filone giurisprudenziale, inaugurato con la [sent. n. 236 del 2016](#) cfr. ad esempio R. PINARDI, [Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi](#), in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), 24 aprile 2020, 29 ss. ed Autori *ivi* richiamati.

¹⁴³ Come si può leggere nella [sentenza n. 10 del 2015](#), sulla quale rinviamo nuovamente (anche per maggior indicazioni bibliografiche) a R. PINARDI, *La Corte*, cit., 1907-1910, che si sofferma sugli aspetti di questa celeberrima decisione rilevanti in questa sede.

¹⁴⁴ È forse questo il filone giurisprudenziale di più recente formazione e di maggiore innovazione, che consta delle [ordinanze nn. 207 del 2018](#) (seguita dalla [sentenza n. 242 del 2019](#)) e [132 del 2020](#): per tutti v. R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit.; e ID., *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum quad. cost.*, luglio 2020; nonché la dottrina *ivi* richiamata.

¹⁴⁵ Questa critica è mossa da F. SORRENTINO, *La legge*, cit., 4-5; e da A. PACE, *Un ricorso suicida*, in *Giur. cost.* 2019, 180.

Certamente, resta vero quanto avevamo già rilevato in passato circa il fatto che, non di rado, la Corte non vada lei stessa ricercando un ruolo da protagonista, ma vi sia costretta dalla difficoltà di dover interloquire con un potere politico a dir poco inerte, in un contesto di innegabile crisi del sistema rappresentativo: basti pensare, in quest'ottica, all'allungamento dei tempi del processo costituzionale che ha portato all'adozione della citata [sentenza n. 10 del 2015](#), dopo quasi quattro anni dalla proposizione della *quaestio legitimitatis*, nella (vana) speranza di un intervento risolutore del Parlamento che non si è mai verificato¹⁴⁶, od, al contrario, alla necessitata rapidità di risoluzione del conflitto risolto con la [decisione n. 17 del 2019](#), per evitare che dopo il protrarsi oltre ogni ragionevole limite dei lavori da parte degli organi politici si dovesse andare all'esercizio provvisorio di bilancio per un'attesa imputabile (apparentemente) alla Consulta. Per non parlare, poi, di quando gli organi politici si dimostrano totalmente impermeabili alle (ed irrispettosi delle) statuizioni del giudice costituzionale, come testimonia l'andamento dei conflitti tra magistratura e Camere in tema di insindacabilità, nei quali la parte soccombente è ormai sempre rappresentata dall'organo parlamentare¹⁴⁷, che tuttavia continua ad assumere delibere dal contenuto censurabile, dimostrando, così, nei fatti, di non tenere in alcuna considerazione la giurisprudenza della Consulta in materia.

L'impressione, tuttavia, è che questi elementi, che certamente richiamano all'attenzione problematiche vere ed effettive, non siano più sufficienti a giustificare l'attuale alto livello raggiunto dall'attivismo della Corte, se è vero che questo, oltrepassando non di rado i limiti assegnati al giudice costituzionale, sembra entrare direttamente nel vivo di questioni politiche e, inosservante delle (pur lasche) regole processuali, da garante delle regole si faccia protagonista del gioco, ponendo gravemente a rischio, con siffatto modo di procedere, la propria stessa legittimazione. La quale – è bene ricordarlo – se si basa, certo, in linea generale – e cioè per quel che concerne l'esistenza dell'organo e la funzione contromaggioritaria dallo stesso esercitata – sulla Costituzione¹⁴⁸, presuppone però, in concreto, che le specifiche competenze ad essa intestate vengano esercitate all'interno dei confini tracciati nell'ambito della nostra forma di governo e quindi anche nel rispetto delle norme processuali¹⁴⁹. Assistiamo, insomma, ad una curiosa eterogenesi dei fini, per cui la discrezionalità assicurata alla Corte come (opportuno) strumento difensivo della propria legittimazione quale organo di garanzia viene dalla stessa brandita come un'arma (a doppio taglio, però), con cui il giudice costituzionale guadagna, sì, ulteriori margini di movimento, ma al prezzo di delegittimarsi rispetto al proprio ruolo *super partes*¹⁵⁰. Il che probabilmente non è sfuggito al Collegio, che sembra andare ricercando una autonoma (e alternativa) legittimazione nell'utilizzo, non

¹⁴⁶ Secondo quanto è già stato sottolineato in S. SCAGLIARINI, [La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"](#), in questa [Rivista 2015/I](#), 232.

¹⁴⁷ Il rilievo risale già a E. MALFATTI - M. NISTICÒ, *Il conflitto* (2011-2013), cit., 289, dove si parla di una copiosa giurisprudenza ormai ventennale che le Assemblee scelgono evidentemente in modo consapevole di ignorare per motivazioni di natura politica.

¹⁴⁸ Sulla questione, che rappresenta un tema classico del dibattito costituzionalistico, v., per tutti, O. CHESSA, *I giudici del diritto*, Milano 2014, spec. 201 ss. ed Autori *ivi* richiamati.

¹⁴⁹ In tal senso, suonano molto attuali le parole di F. SORRENTINO, *Inammissibilità del conflitto per cessazione della materia del contendere?*, in *Giur. cost.* 2005, 3996 ss., per il quale, se «il ruolo e la posizione istituzionale della Corte sono messi a dura prova da controversie in cui il tasso di politicità può far premio sulla loro natura giuridica con il rischio di esporre la Corte stessa a critiche di parte [...] è proprio per questa ragione che l'applicazione rigorosa delle regole processuali in controversie suscettibili di prestarsi ad interpretazioni in chiave politica rappresenta la più solida difesa del ruolo della Corte, allorché essa venga chiamata, non ad arbitrare, ma a risolvere conflitti costituzionali». Sulla legittimazione della Corte attraverso il rispetto delle regole processuali, nell'ambito di una più ampia ricostruzione critica dell'attuale situazione, cfr. da ultimo R. PINARDI, *La Corte*, cit., 1918 ss.

¹⁵⁰ Il rischio che gli ampi margini di discrezionalità a disposizione della Corte, specie nel conflitto tra poteri, potessero «porre irrimediabilmente in crisi la stessa posizione della Corte che, come è noto, fonda la propria legittimazione sul metodo giurisdizionale con cui è chiamata ad esercitare le sue funzioni» era evidenziato già da M. CECCHETTI, *Problemi*, cit., 340. La posizione è condivisa in tempi assai più recenti da M. ARMANNI, *Il giudizio*, cit., 182-183, il quale paventa che «i "vuoti" di disciplina processuale» da sempre sfruttati dalla Corte «risch[i]no così di diventare una vera voragine all'interno della quale, a lungo andare, la legittimazione della Corte quale giudice dei conflitti potrebbe essere inghiottita».

meno disinvolto, dei canali di informazione allo scopo di ricercare un dialogo diretto con i cittadini¹⁵¹, ma aprendo, così, il campo ad un'esposizione mediatica senza precedenti della Consulta¹⁵².

In definitiva, pertanto, se (e nella misura in cui) questa ricostruzione corrisponde al vero, viene a determinarsi una nefasta confusione dei compiti assegnati dalla Costituzione, in cui ad essere compromesso risulta, in ultima analisi, fin anche il principio di separazione dei poteri e, per conseguenza, lo stesso carattere democratico del nostro ordinamento¹⁵³. E ciò – come è stato scritto di recente da un acuto osservatore della giustizia costituzionale – non può che preoccupare dato che «proprio nella presente, disgraziata congiuntura politico-istituzionale [...] di tutto [...] abbiamo bisogno fuorché della delegittimazione della Corte»¹⁵⁴.

¹⁵¹ Ne sono un esempio i sempre più frequenti comunicati stampa che anticipano il contenuto delle decisioni, i quali hanno lo scopo – a giudizio di A. RUGGERI, *Intervento*, in AA.VV., *Il forum. I comunicati stampa della Corte costituzionale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 15 maggio 2020, 370-371 – «di alimentare incessantemente la propria “legittimazione”» e quindi attingere «dalla pubblica opinione consenso e rinnovato vigore per il proprio operato». Con il rischio, tuttavia, «che il massimo garante del sistema costituzionale, a conti fatti, si confonda con i decisori politici», visto che è «proprio di questi ultimi tenere informato il corpo elettorale sulle proprie iniziative, sottolineare tutti gli aspetti positivi ed i risultati ottenuti a vantaggio dei cittadini, ai quali chiedere poi di rinnovare il proprio consenso» (così R. ROMBOLI, *Intervento*, *ivi*, 388).

¹⁵² In tema, per una posizione di critica assai severa, v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.* 2019, 268 ss.

¹⁵³ Secondo quanto argomentato in R. PINARDI, *La Corte*, cit., 1936.

¹⁵⁴ È questo il pensiero di A. RUGGERI, [Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... \(a margine di un comunicato sul caso Cappato\)](#), in [Consulta OnLine, Studi](#), n. III/2018, 26 ottobre 2018, 570.

Silvio Gambino
Quale centralità del Parlamento
se si procedesse al taglio del numero dei parlamentari?*

ABSTRACT: *What centrality of Parliament if we proceeded to reduce the number of parliamentarians? The paper addresses the issues related to the constitutional referendum of 20 and 21 September 2020, juxtaposing the reasons for yes and no to the reduction in the number of parliamentarians. The conclusion links this possible outcome to the mortification of representative democracy as it would tend to expel minorities and negatively influence democracy as an expression of pluralism and conflict.*

SOMMARIO: 1. Il *referendum* costituzionale (art. 138) e le sue molteplici virtualità: da strumento oppositivo a strumento plebiscitario e populista. – 2. Alcune osservazioni critiche sul merito del quesito referendario. – 3. Ancora sulla giustapposizione degli argomenti favorevoli e contrari. – 4. Note conclusive.

1. *Il referendum costituzionale (art. 138) e le sue molteplici virtualità: da strumento oppositivo a strumento plebiscitario e populista.*

L'oggetto del *referendum* indetto per il 20 e il 21 settembre 2020 riguarda tre disposizioni costituzionali. Il successo dei voti a favore del SI comporterebbe un taglio drastico del 36,5% dei seggi parlamentari (portandoli da 635 a 400 alla Camera e da 315 a 200 al Senato).

Quanto al suo contenuto, nei confronti dell'odierno *referendum*, deve dirsi che non possono proporsi le stesse critiche sollevate nei precedenti *referendum* costituzionali e soprattutto in quello più recente svoltosi il 4 dicembre 2016.

Alle ragioni di merito relative all'abrogazione referendaria di ben 53 articoli della Costituzione, in quella occasione, come si potrà ricordare, la dottrina costituzionale (pur dividendosi al proprio interno), accanto alle ragioni politiche in favore del NO alla revisione costituzionale oggetto di quel pronunciamento referendario, aveva sottolineato l'esistenza di un vizio procedurale, individuato nella eterogeneità del quesito referendario, censurato per non consentire all'elettore di potersi liberamente pronunciare su ogni singola disposizione costituzionale oggetto della proposta referendaria di revisione.

Pur non presentando un simile limite di metodo, cionondimeno, l'odierno *referendum* costituzionale evidenzia in modo chiaro come le ragioni in favore del NO al voto referendario appaiono assolutamente meritevoli di sostegno referendario rispetto alle ragioni in favore del SI, le quali ultime appaiono, se non proprio sfuggenti, ispirate a ragioni di tipo punitivo nei confronti del ceto politico, colto nel suo complesso come "casta" autoreferenziale, lontana dalla realtà sociale da rappresentare.

Queste ultime, d'altronde, non appaiono prive di ambiguità nei loro contenuti di merito, in ragione di una evidente pulsione populista e plebiscitaria che ne era stata nella intenzione politica dei proponenti (soprattutto M5S) e che ora è alla base delle ragioni in sostegno del SI (e peraltro omettendo di ricordare come fra quegli stessi proponenti appaiono ora in bella evidenza come ceto politico maggioritario in Parlamento).

In una simile prospettiva, la proposta referendaria ha visto il protagonismo parlamentare del M5Stelle, al quale, prendendo in prestito le parole di un autorevole collega (Massimo Luciani), si deve la proposta (che sarà poi accolta) di un taglio drastico, di tipo lineare, del numero dei

* Scritto pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del Regolamento della Rivista.

parlamentari senza un minimo di prospettazione istituzionale e funzionale del Parlamento che ne sarebbe risultato. Insomma, “*un taglio non meditato*”!

E ciò in assenza di ogni considerazione secondo cui ogni intervento sulla Costituzione, sia pure di tipo puntuale, si riverbera inevitabilmente sull'intera architettura costituzionale ponendo in questione, in modo più o meno significativo, gli equilibri dalla stessa assicurati.

Oltre alle disposizioni costituzionali direttamente riguardate dalla iniziativa referendaria (artt. 56, 57, 59), quest'ultima (approvata su richiesta di 1/5 dei membri della Camera), infatti, impatta problematicamente su varie altre disposizioni costituzionali relative alle garanzie e agli equilibri costituzionali, ma in modo particolare sulla formazione del collegio che sarà chiamato a procedere alla elezione del Presidente della Repubblica.

Accanto alle riflessioni generali fin qui proposte, ne è stata avanzata è una che è al contempo tecnica e politica. In essa si fa evidenziare la eterogeneità dei soggetti promotori della iniziativa referendaria e dei ripensamenti osservabili negli stessi, esigenze – queste ultime che poco appaiono conformi alla *ratio* di strumento oppositivo del *referendum* costituzionale previsto nell'art. 138 Cost.

Fra le ambiguità meritevoli da richiamare in tal senso, certamente è da ricordare l'asimmetria dei consensi dei voti parlamentari fra le due Camere e la stessa scarsa adesione alla iniziativa popolare (l'unica iniziativa in tal senso, quella dei radicali, ha raccolto pochissime firme). Solo nella seconda e definitiva votazione alla Camera, l'iniziativa parlamentare referendaria consegue un risultato ampio (con 553 voti favorevoli e il consenso di tutti i Gruppi parlamentari). A spiegare un simile esito si deve ricordare come il voto finale favorevole di PD, LeU, Italia Viva e Gruppo per le Autonomie del Senato fosse stato preceduto (il 7 ottobre 2019) da un accordo tra i Capigruppo della maggioranza su alcune riforme compensative e riequilibratrici. Iniziativa quanto mai chiarificatrice delle incertezze e delle titubanze osservabili in una parte delle stesse forze politiche che hanno concorso al voto favorevole alla richiesta referendaria.

In breve, le ragioni politiche alla base della iniziativa referendaria e le incertezze osservabili sia all'interno della maggioranza che nella stessa opposizione parlamentare, in tale ottica, fanno assumere come del tutto probabile che nella campagna referendaria – come stiamo appunto sperimentando *per tabulas* – potrà risultare difficile sottoporre all'attenzione degli elettori le ragioni della rappresentanza e delle riforme necessarie per rilanciare il ruolo del Parlamento (nell'ottica dell'eventuale successo referendario del SI).

Questa è la tesi della “*trappola*” di cui ci parla anche Gaetano Azzariti, di cui appare utile ricordare l'*incipit* del suo Editoriale ad un recente fascicolo di una rivista giuridica napoletana:

“Il *referendum* sulla riduzione del numero dei parlamentari, se ci sarà, sarà una trappola. Ci si chiederà di scegliere tra coloro che sono a favore di questo Parlamento quotidianamente umiliato e coloro che vogliono ridurlo ancor peggio. Saremmo schiacciati dalle peggiori argomentazioni, e non avremo molto spazio per far valere le nostre ragioni. È difficile infatti interloquire con chi ritiene che i problemi del parlamentarismo oggi si possano ridurre al numero dei suoi membri, senza volere affrontare le reali questioni che stanno trascinando l'organo della rappresentanza politica verso l'abisso ... Ma è proprio da qui – dalla ridefinizione del ruolo costituzionale del Parlamento – che si dovrebbe partire se si volessero realmente affrontare i problemi che affliggono la nostra stressata democrazia parlamentare. Nulla è stato fatto (di quanto dichiarato ad inizio legislatura dalla nuova maggioranza parlamentare) e il Parlamento ha proseguito nel suo lento declino. Ora fallita ogni prospettiva di seria riforma si gioca alla lotteria dei numeri. *Peccato che nessuno vincerà. Non è una questione di numeri*”.

Ritornando alla riflessione dalla quale eravamo partiti, è comunque osservabile una risalente ‘coazione a ripetere’ da parte del sistema politico-partitico, e ciò nonostante il soggetto politico

(M5S) che si è fatto protagonista del progetto referendario di riduzione del numero dei componenti la Camera dei deputati (*da 630 a 400; i 12 eletti nella circoscrizione estero scenderebbero a 8*) e del Senato (*da 315 a 200, i 6 eletti nella circoscrizione estero diverrebbero 4*), non sia ascrivibile in senso stretto né al mondo rappresentativo del centro/destra né a quello del centro-sinistra.

Tale soggetto (movimento ? partito?) ha saputo intercettare le ragioni di rottura della coalizione con le forze politiche di sostegno del *Government Conte 1* e soprattutto con la Lega Salvini, proponendosi come testa di ponte di una nuova maggioranza politica che si offriva al Parlamento e al Paese come idonea ad evitare lo scioglimento delle Camere e il rischio (temuto dai più) di un successo elettorale di Salvini come possibile *Premier* del futuro Governo.

È appunto in tale prospettiva che ha modo di affermarsi se non proprio l'ideazione della strategia politica di "riduzione" del numero dei parlamentari, – idea questa, invero, unitamente alle ragioni critiche nei confronti della cd '*casta' parlamentare*, da sempre al centro della strategia politica del M5 Stelle – l'approvazione nelle due Camere del progetto referendario di revisione costituzionale (avvenuta, in seconda votazione, al Senato con la maggioranza assoluta dei suoi membri, e alla Camera con la maggioranza dei due/terzi), e pertanto, in questo caso, con la piena adesione del PD fra i parlamentari che hanno assicurato il proprio voto alla proposta referendaria.

Le ragioni alla base della intesa programmatica (inattesa) da parte del PD (avvenuta per di più tardivamente, come si è detto) sono quelle stesse, in generale, osservabili alla base del dibattito politico e della formazione del *Government Conte 2*. Esse non possono che leggersi nel contesto politico determinato dalla crisi del *Government Conte 1* e dall'esigenza di ri-comporre una nuova maggioranza di governo che impedisse l'inevitabile ricorso alle urne.

Alla base della scelta di votare il progetto di revisione costituzionale, in tal modo, parrebbe doversi individuare una ragione di 'necessità politica'. Probabilmente, una simile 'necessità', a suo tempo, corrispondeva all'*esigenza di sostenere il M5Stelle* (appena abbandonato il suo '*partner*' di governo sempre più interpretato dalle intemperanze del suo *leader*) senza che tale partito/movimento si facesse tentare dal frequentare la strategia di un ricorso alle urne.

Naturalmente, non potremo seguire oltre un simile argomentare, per più profili opinabile e scivoloso e dunque poco appropriato ad un ragionamento che si vuole attento alle ragioni politiche ma soprattutto costituzionali della pronuncia referendaria.

Prima di accantonare l'argomentazione fin qui richiamata, così, pare necessario sottolineare conclusivamente in questa essenziale nota introduttiva al tema che, se la 'coazione a ripetere' nel recente passato poteva aiutare a individuare un orientamento critico verso la Costituzione evocato in modo ossessivo da *leaders* politici del centro-destra, convinti in tal modo di poter realizzare concretamente l'esito atteso di un cambiamento costituzionale che sarebbe stato nei fatti uno stravolgimento costituzionale (a partire dalle procedure per la revisione) e, ancora, prima di interrogarci sull'attualità concreta della iniziativa referendaria, non può non richiamarsi una continuità (invero sinistra) nel tentativo di manomissione della Costituzione posta in essere da *leaders* politici che pur diversi fra loro per progetto politico, cionondimeno si sono ritenuti legittimati a porre in essere progetti del tutto discutibili di revisione costituzionale.

L'ultimo di tali progetti di riforma costituzionale approdato ad un pronunciamento referendario si era concluso, come si è già ricordato, con una bocciatura severa del corpo referendario nel 2016. Ma come si è osservato, non è questa ora la prospettiva per affrontare il voto nell'imminente *referendum* costituzionale; ciò anche in ragione della diversa ed eterogenea maggioranza di forze politiche riunite nella maggioranza parlamentare di sostegno al *Government Conte 2* (dei ripensamenti e delle scaramucce leggibili sulla stampa quotidiana). Una maggioranza quanto mai eterogenea – quest'ultima – che, anche per tale considerazione, lascerebbe ipotizzare un esito tutto affatto scontato della revisione costituzionale.

2. Alcune osservazioni critiche sul merito del quesito referendario.

Si impone ora di riflettere sull'impatto che un simile voto referendario determinerebbe sulla funzione rappresentativa dell'organo parlamentare nel suo complesso e più in generale sulla efficacia e sulla effettività della democrazia parlamentare, con le relative esigenze di garanzia del pluralismo e del conflitto, che costituiscono (unitamente all'articolazione interna alle Camere, costituita di Commissioni parlamentari, Gruppi parlamentari, *quorum* strutturali di partecipazione alla formazione di organi costituzionali e/o incidenti su procedure costituzionali) le ragioni basilari della democrazia parlamentare costituzionalmente garantita.

Ragioni – queste ultime – che fanno guardare con preoccupazione ai motivi invocati dalle forze politiche che hanno voluto il *referendum* e che potrebbero far assumere a quello imminente perfino i contorni di un “*referendum plebiscitario antipolitico e antiparlamentare*”, con evidente inversione della *ratio* istituzionale/costituzionale del *referendum*, che dovrebbe richiamare, nell'ottica dell'art. 138 Cost., la natura di strumento “oppositivo” piuttosto che di quello “confermativo”.

Quanto al merito delle argomentazioni relative ai temi della iniziativa referendaria, in particolare con riguardo “ai numeri della rappresentanza” e alle stesse *problematiche di effettività della stessa*, se muoviamo da quelle risalenti valutazioni di autorevole teoria costituzionale (Hans Kelsen) che già un settantennio fa parlavano della rappresentanza politica come di una ‘finzione’ (*fiction representative*), un argomento appare particolarmente rilevante, benché il supporto comparatistico non ci aiuti più di tanto nel merito della questione, ed è quello secondo il quale, la riduzione di un terzo del numero dei parlamentari non può che incidere problematicamente sulla (*quantità* e sulla stessa *qualità* della) rappresentanza politica e pertanto sull'effettività della sovranità popolare, determinando nel complesso effetti regressivi sulla intera democrazia parlamentare. Pertanto, *la riforma non può che rendere recessiva la funzione rappresentativa esercitata dai parlamentari rispetto alla domanda rappresentativa dei cittadini*.

In realtà, pur in presenza di autorevoli raccomandazioni (Consiglio d'Europa), nelle quali si afferma che “non esistono *standard* internazionali che raccomandino un qualsiasi rapporto particolare tra seggi parlamentari e dimensione della popolazione”, non si darebbe (anche per la più attenta dottrina) un criterio scientifico e oggettivo sul rapporto che deve sussistere tra numero dei parlamentari e dimensione della popolazione.

La comparazione fondata sui numeri, pertanto, non risulterebbe di per sé decisiva e andrebbe vista in un'ottica sistemica, di funzionalità dei numeri a supporto della funzione esercitata dai parlamentari in Parlamento. Così, siamo ancora in presenza di un dibattito che, non deciso in Assemblea costituente nella puntualità delle scelte numeriche, si trascina nel tempo rendendosi disponibile ad un suo utilizzo partigiano e non sempre molto argomentato nel dibattito politico. E ciò fino a rendersi disponibile, come accade nell'attualità, ad un suo utilizzo per campagne di tipo plebiscitario, inevitabilmente populiste.

Intervenendo sul rapporto fra cittadini e parlamentari, pertanto, si viene ad incidere sulla rappresentanza politica in termini quantitativi (passando da 1 deputato ogni 96.000 abitanti ad 1 deputato ogni 151.000 circa abitanti), a loro volta modulati in modo differenziato (e con margini irragionevoli, dis-rappresentativi, nelle diverse realtà regionali), fino all'eccesso (costituzionalmente discutibile, come argomenta puntualmente Felice Besostri) di *soluzioni derogatorie* nel riparto dei parlamentari e dei senatori stabilite per le Province autonome di Trento

e Bolzano, ognuna delle quali improvvidamente e irragionevolmente omologate nel loro *status* alle Regioni ai fini del riparto dei parlamentari/senatori.

Tale scelta deriva dalla previsione del riparto dei seggi senatoriali della Regione Trentino Alto Adige non più alla Regione ma tre a ciascuna delle due Province autonome di Trento e Bolzano, dovendosi sospettare in tal modo un contrasto con la previsione dell'art. 57, comma 1, Cost., ove si prevede l'elezione del Senato "a base regionale" e in contrasto con gli artt. 3, comma 1, e 6 Cost., per la disparità di trattamento riservato alla minoranza tedesca del Trentino-Alto Adige rispetto a quella slovena del Friuli-Venezia Giulia.

La rappresentanza politica e le garanzie del voto risultano incise problematicamente non solo nella loro quantità ma nella stessa *qualità rappresentativa*, potendosi nel merito richiamare l'argomentato indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale ([sent. cost. 1/2014](#)) nella censura della legge elettorale 270/2005, allorché il Giudice delle leggi individuava le ragioni fondanti della censura della legge sottoposta al suo vaglio nella "*eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare*".

Rispetto ad un simile indirizzo giurisprudenziale tanto chiaro del Supremo Interprete della Costituzione, ci si deve chiedere come sia possibile assumere che una riduzione del numero dei parlamentari possa non influire in termini problematici sulla stessa effettività della funzione rappresentativa realizzata dagli stessi nel quadro dello strumentario offerto dal Parlamento e sulla stessa forma di Governo (parlamentare) nel suo complesso.

In presenza di un simile depotenziamento/svalutazione del Parlamento (e di parziale svuotamento della rappresentanza politica), come è stato già bene osservato, ci troveremmo di fronte ad una "*rappresentanza svuotata*, mentre d'altra parte si afferma una progressiva presidenzializzazione: una vera e propria deriva post democratica, che assume la *forma dello stato liberal-populista* o ancora, e perfino, dell'*autocrazia elettiva*, della democrazia plebiscitaria o della '*democrazia senza democrazia*'. In sintesi, così, *la riduzione del numero dei parlamentari costituisce un tassello (non certo esaustivo in sé considerato) di una trasformazione della forma di Stato in senso autoritario*, tendente ad espellere e a privare di agibilità politica, quando non a punire (il riferimento è ai decreti sicurezza), il dissenso" (Alessandra Algostino).

Richiamando Polibio, qualcuno ne ha parlato come di una "*oclocrazia*", intendendola come una *forma degenerata della democrazia*. In sintesi, l'argomentazione circa un recupero di efficacia e di efficienza dell'organo parlamentare a seguito della riduzione dei suoi componenti è una tesi che non risulta fondata su dati reali bensì sulla convinzione, tutta ideologica, di un *recupero di efficienza e di governabilità assunti acriticamente come valori positivi e prescindendo (in modo pressoché totale) dalla funzione rappresentativa che è la ragione d'essere del Parlamento*, una posizione – questa –, come sottolinea la Algostino, riconducibile alle versioni maggioritarie della democrazia, in opposizione alla visione della democrazia, come luogo istituzionale della rappresentanza e di espressione del conflitto.

Lungi dal rilanciare il ruolo del Parlamento mediante un rafforzamento della sua centralità nella funzione rappresentativa, in una simile rappresentazione, *la riduzione del numero dei parlamentari, pertanto, frappone nuovi ostacoli alla (ri-)costruzione della sua centralità* e al suo invero quale organo, attraverso la mediazione della rappresentanza, di espressione dei cittadini, nella loro pluralità e nella variegatezza anche conflittuale delle ragioni rappresentate.

Pertanto, pur non potendosi negare una ragione mitica, di *finzione*, della rappresentanza politica, lontana per questo dalla composita e conflittuale realtà da rappresentare, nondimeno resta che *la*

scelta di ridurre il numero dei parlamentari segna comunque una regressione e una recessione del principio democratico-rappresentativo e con esso della sovranità popolare.

La questione problematica della democrazia rappresentativa, in tal modo, rinvia ancora una volta alla *centralità rispetto alla funzione di mediazione e di rappresentanza svolta (fin qui) dal partito politico*, alla cui crisi pertanto devono oggi ricondursi molte se non tutte le ragioni della crisi della rappresentanza politica e con essa dello stesso Parlamento.

Per rivitalizzare tale organo e le relative funzioni occorrerebbero invero *“interventi strutturali, capaci di innescare un circolo virtuoso nel sistema politico, favorendo la rinascita di una forma partito*, ovvero di una organizzazione collettiva che ne eserciti le funzioni, che sappia veicolare le istanze dalla società alle istituzioni, esercitando, ‘con metodo democratico’, quel ruolo di intermediazione che consente ai cittadini di “concorrere... a determinare la politica nazionale” (art. 49 Cost.)”.

3. Ancora sulla giustapposizione degli argomenti favorevoli e contrari.

Rinviando al dibattito per un approfondimento puntuale del quesito referendario e delle sue conseguenze politico-istituzionali, si vogliono ora, sia pure in grande sintesi, richiamare alcuni dei *principali argomenti in sostegno del Sì alla revisione e di quelli in sostegno del No.*

Fra i primi argomenti invocati in favore del Sì al *referendum* si ricordano le ragioni riferite alla riduzione dei *costi della politica*. Ma come è stato diffusamente sottolineato, l’argomento non risulta convincente ed è peraltro pericoloso nel suo prestarsi ad una *“narrazione populistica e antiparlamentare*, che sottovaluta i costi insiti nel funzionamento di un sistema democratico” (Mauro Volpi). L’entità del risparmio, d’altra parte, risulta assolutamente nelle disponibilità dello Stato (attestandosi su una cifra totale di 57 milioni all’anno, pari allo 0,007 per cento della spesa pubblica).

Il secondo argomento richiamato in favore del Sì è quello del preteso recupero di efficienza del procedimento legislativo e perfino di miglioramento della funzionalità dei lavori parlamentari, ma l’argomento, come osserva convincentemente la tesi critica, risulta “privo di riscontri oggettivi certi, e soprattutto sottovaluta i problemi di fondo che riguardano il ruolo del Parlamento: dall’esercizio ridotto delle funzioni di indirizzo politico e legislativo, pregiudicato dal ricorso abnorme del Governo alla legislazione delegata, alla decretazione d’urgenza, ai maxi emendamenti e alla questione di fiducia, e di quella di controllo, limitata dall’inesistenza di un autentico statuto della opposizione, la mortificazione del Parlamento come arena di confronto e la pessima qualità delle leggi”.

La ragione maggiormente meritevole di approfondimento ai fini di una possibile valutazione positiva della iniziativa referendaria di riduzione del numero dei parlamentari riguarderebbe probabilmente la qualità dei componenti e il prestigio delle Camere, che negli ultimi decenni si sono enormemente ridotti, individuandosi in tale ragione uno dei motivi della disaffezione dei cittadini verso gli organi rappresentativi.

Secondo noi, tuttavia, le ragioni critiche non sono rinvenibili nella natura pletorica delle Camere. *Il problema fondamentale, nel corso dell’ultimo trentennio, risiede fundamentalmente nella trasformazione dei partiti politici che, da partiti di massa, si sono trasformati in partiti di leaders*, con evidenti conseguenze problematiche nella selezione della candidature, sempre più asservite al *leader* di turno, e pertanto con effetti di verticalizzazione politica all’interno dei partiti e dei gruppi parlamentari, nell’uno e nell’altro caso, a nulla o quasi potendo le regole costituzionali di democrazia interna dei partiti di cui all’art. 49 Cost.

Le candidature politiche, in tale ottica, infatti, non sono più collegate, come in passato, ad un *cursus honorum* fondato sulle cariche esercitate a vari livelli e sull'esperienza acquisita, nonché sulla formazione assicurata dalle scuole di partito, ma sono stabilite liberamente dal gruppo dirigente o, più spesso, dal *leader* del partito sulla base non della capacità e della qualità, ma della fedeltà personale. In quest'ultima direzione pertanto sono da richiamare gli effetti di aggravamento della crisi dei partiti con la relativa "verticalizzazione della forma di governo e del sistema dei partiti e il rischio di trasformazione dello Stato democratico in uno Stato oligarchico e autoritario" (Mauro Volpi).

Quanto agli argomenti contrari, come si è osservato in precedenza, essi appaiono maggiormente centrali rispetto a quelli fin qui invocati e sono quelli che maggiormente devono essere chiariti e discussi con l'elettore referendario.

Accanto alla crisi di centralità del Parlamento e della relativa rappresentatività, tutta una serie di *'effetti collaterali'* risultano connessi al 'taglio' (del numero) dei parlamentari, determinando un evidente impatto negativo sul funzionamento delle Camere e in particolare sull'esercizio delle garanzie costituzionali. Fra essi si deve richiamare in modo del tutto particolare l'impatto sulla elezione del Presidente della Repubblica.

In una parola, pertanto, si scrive riduzione/(taglio) del numero dei parlamenti ma, in concreto, si vanno a compromettere equilibri e garanzie proprie della democrazia costituzionale. Il più ridotto numero di parlamentari pertanto sarebbe difficilmente compatibile con le previsioni dei regolamenti parlamentari che disciplinano i Gruppi parlamentari e le Commissioni. Infatti, si porrebbe il problema del numero di deputati e di senatori necessari per la costituzione di un Gruppo e del numero delle Commissioni, che, *in particolare al Senato, sarebbe molto ridotto e renderebbe assolutamente problematica la presenza dei Gruppi di minoranza.*

Più discussa e discutibile è la critica relativa all'impatto complessivo della riduzione dei parlamenti sulla organizzazione e sul funzionamento delle Camere, determinandosi "gravi sbilanciamenti, con alterazione degli equilibri originariamente prefigurati» per l'esercizio di varie competenze per il quale «siano previsti valori numerici assoluti» (art. 62, comma 2; art. 64, comma 1; art. 72, comma 3; art. 73, comma 2; artt. 75 e 138; art. 79, comma 1; art. 94, comma 5).

In tutti questi casi, come ha sottolineato Mauro Volpi, *la Costituzione richiede il consenso non di un numero determinato di parlamentari, ma di una percentuale di componenti* (a seconda dei casi, minoranza qualificata, maggioranza assoluta, maggioranza qualificata), mentre per la richiesta di *referendum* abrogativo non è prevista l'iniziativa di una minoranza parlamentare. Resterebbero, quindi, inalterati nella sostanza i *quorum* previsti anche con un più ridotto numero di parlamentari. Analogo discorso può essere fatto per i *quorum* richiesti per l'elezione di organi di garanzia (cinque giudici costituzionali e un terzo dei componenti del CSM) e per l'approvazione di una legge costituzionale.

Un problema più complesso si pone per l'elezione del Presidente della Repubblica, per la quale il mantenimento della partecipazione al voto dei 58 delegati regionali darebbe a questa componente un peso specifico più forte riducendo, anche se marginalmente, quello dei parlamentari.

4. Note conclusive.

In conclusione, rimane così l'argomento critico centrale ed è quello che ricollega il taglio dei parlamentari con la dequotazione della democrazia rappresentativa. La restrizione degli spazi della rappresentanza riconnessi al taglio dei parlamentari esclude potenzialmente dalla sfera pubblica,

voci di cittadini: *tende ad espellere le minoranze* (specie se correlata ad un sistema elettorale non integralmente proporzionale, come deve dirsi della legge elettorale vigente, sulla quale gli impegni di modifica fin qui non risultano essere stati rispettati) e incide sulla democrazia come espressione del pluralismo e del conflitto.

È in questo senso che può validamente argomentarsi un orientamento secondo il quale, la riduzione del numero dei parlamentari è un tassello di una trasformazione della forma di Stato in senso autoritario, tendente ad espellere e a privare di agibilità politica, quando non a punire il dissenso. Una trasformazione – che si può essere certi – sarà accompagnata in futuro (se il NO non bloccherà la recessione democratica in atto) dalla riforma della stessa forma di Governo in senso presidenzialistico. Chi vuole saperne di più non ha che da interrogarsi e cdi chiedere lumi sullo stato della democrazia costituzionale ora vigente in Francia.

La riforma costituzionale oggetto di referendum, pertanto, non è che un passo, ma occorre essere consapevoli della direzione nella quale essa si inserisce: quello di una democrazia sempre più plebiscitaria e populista. Una democrazia che sia avvia sempre più nella direzione di una ‘post-democrazia’, financo di una ‘democrazia illiberale’, la cui assenza di contorni chiari e definiti dice molto chiaramente quanta distanza essa abbia già assunto o possa ancora assumere rispetto alle esigenze e alle garanzie della democrazia parlamentare.

Roberto Pinardi

**Conflitto tra poteri e referendum confermativo:
alcune annotazioni critiche sull'[ordinanza della Corte costituzionale n. 195 del 2020](#)***

ABSTRACT: *The order n. 195 of 2020 represents the first case in which the Constitutional Court ruled on a conflict between powers raised by the promoters of a referendum pursuant to art. 138 of the Constitution. The paper analyzes the arguments of the Court highlighting omissions and errors. These, in the author's opinion, are generated by the fact that the Constitutional Court proceeds either from the uncritical overlap or from the apodictic differentiation between the case in question and the previous jurisprudence on the subject of conflicts raised in the occasion of abrogative referendums.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La rapidità del giudizio della Corte. – 3. L'[ord. n. 195 del 2020](#). – 3.1. Il primo caso di un conflitto tra poteri sollevato dai promotori di un referendum confermativo. – 3.2. La Corte non coglie la novità. – 3.2.1. Referendum confermativo od abrogativo? – 3.2.2. Delegati o Comitato promotore? – 3.2.3. Sull'intervallo di tempo entro cui va effettuata la consultazione popolare. – 3.3. L'abbinamento tra consultazioni referendarie e politiche. – 4. Per concludere.

1. Premessa

Con le recenti [ordd. nn. 195, 196, 197 e 198 del 2020](#), la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili quattro conflitti tra poteri che erano stati sollevati, da vari ricorrenti, in rapporto a asserite violazioni di proprie competenze costituzionali, comunque causate dall'adozione di disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020 ed in particolare dall'accorpamento, per le medesime date del 20 e 21 settembre, della votazione sul referendum confermativo sul testo di legge costituzionale recante: «Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari» con le elezioni politiche suppletive, regionali ed amministrative che erano state egualmente rinviate a causa dell'emergenza sanitaria generata dal Covid-19.

2. La rapidità del giudizio della Corte

Un dato che emerge con chiarezza è la rapidità del giudizio della Corte. I ricorsi, infatti, erano stati depositati, rispettivamente, il 23, 29, 28 e 24 luglio del 2020. La Consulta li decide tutti nella camera di consiglio del 12 agosto e deposita, in cancelleria, le quattro pronunce il giorno successivo. Sicché il processo costituzionale si conclude in un arco temporale che va dai quindici giorni dell'[ord. n. 196](#) ai ventuno dell'[ord. n. 195](#).

Per dare un'idea¹: anche prendendo in considerazione la durata più lunga tra quelle indicate (21 giorni) le quattro decisioni di cui si discute si collocano tutte nei sette percentili più bassi tra le 452 pronunce² sinora assunte dal giudice dei conflitti nella fase a cognizione sommaria del suo giudizio. Laddove, per fornire un ulteriore parametro di raffronto, la durata media di tale fase è di 204,9 giorni.

* Scritto pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del Regolamento della Rivista.

¹ I dati riportati di seguito sono tratti da R. PINARDI - S. SCAGLIARINI, [La durata del processo della Corte nei conflitti tra poteri dello Stato: spunti e riflessioni a partire da una ricerca empirica](#), in questa [Rivista 2020/II](#), 445 ss. e tengono inoltre conto delle quindici decisioni sull'ammissibilità di conflitti interorganici adottate, dalla Consulta, nel corso del 2020.

² Va precisato che il dato *de quo* riguarda non tanto il numero di ordinanze che sono state adottate, in materia, dalla Corte costituzionale, dal 1956 ad oggi, quanto piuttosto il numero (senz'altro maggiore) dei ricorsi effettivamente decisi dalla stessa. Giacché la Consulta, com'è noto, talvolta riunisce, tra loro (e dunque decide con un'unica pronuncia) più

Si conferma, così, un dato che emerge dall'analisi dell'intera giurisprudenza costituzionale in materia di conflitti interorganici³ secondo cui un nutrito numero di pronunce adottate in tempi estremamente ristretti riguarda casi in cui la Corte costituzionale si è trovata a decidere nel quadro di un procedimento più ampio, le cui tempistiche, pertanto, rappresentavano la cornice temporale entro cui si inseriva (*rectius*: doveva inserirsi) anche il suo giudizio. Ad iniziare, per l'appunto, dall'ipotesi di conflitti sollevati in materia referendaria, nei quali la particolare celerità del giudizio della Corte può essere messa in relazione con l'intento di evitare che una sua decisione, adottata anche solo in tempi standard, possa finire per intralciare il normale corso delle operazioni *in itinere*.

A questa spiegazione dell'estrema rapidità delle decisioni in parola se ne può poi aggiungere un'altra.

In tutti e quattro i casi in oggetto i ricorrenti avevano avanzato istanza di tutela cautelare. La quale, tuttavia, non viene esaminata, dal giudice dei conflitti, in quanto ritenuta giustamente «assorbita» dalle dichiarazioni di inammissibilità dei relativi ricorsi.

Ebbene, è possibile osservare come la Corte costituzionale, a fronte di analoghe richieste, abbia sempre saputo dare una risposta adeguata ad assicurare effettività di tutela – anche prima di sciogliere, in senso affermativo, la questione dell'ammissibilità di strumenti cautelari, anche nel corso di conflitti interorganici⁴, e pur nel silenzio della normativa in materia⁵ – proprio limitando la durata del suo giudizio. E questo «sia abbreviando i tempi delle notifiche, sia predisponendo in modo opportuno il ruolo»⁶. Di modo che, come nei casi in esame, decisioni particolarmente rapide hanno spesso rappresentato una risposta indiretta (anche) alle esigenze cautelari sollecitate dai ricorrenti.

3. [L'ord. n. 195 del 2020](#)

A dimostrazione, però, che rapidità e precisione del *dictum* della Corte non sempre costituiscono un binomio inscindibile, esaminiamo, più da vicino, [l'ord. n. 195](#). Con la quale la Consulta ha dichiarato inammissibile un conflitto prospettato dai promotori della consultazione referendaria sul testo di legge costituzionale poc'anzi menzionato, in relazione agli atti⁷ con cui le due Camere, il Presidente della Repubblica ed il Governo hanno disposto l'abbinamento della votazione *de qua* con le elezioni rinviate a causa dell'emergenza epidemiologica.

3.1. *Il primo caso di un conflitto tra poteri sollevato dai promotori di un referendum confermativo*

La pronuncia si segnala, innanzitutto, per rappresentare il primo caso in cui la Corte costituzionale si è trovata a giudicare su un conflitto sollevato dai promotori di una consultazione referendaria *ex art. 138, comma 2, Cost.* L'unico altro precedente in materia è costituito, infatti, dall'[ord. n. 256 del 2016](#), con la quale la Corte ha (ovviamente) dichiarato inammissibile un improbabile conflitto tra poteri, che era sorto a seguito della formulazione del quesito referendario concernente la riforma

ricorsi insieme, laddove gli stessi presentino profili analoghi (per un esempio, in tal senso, v. quanto rilevato, *infra*, nella nota 9).

³ Sul punto cfr., volendo, R. PINARDI - S. SCAGLIARINI, [La durata](#), cit., spec. 457-458.

⁴ Ciò che è avvenuto solo di recente con l'[ord. n. 225 del 2017](#).

⁵ Cfr., per converso, l'espressa previsione di strumenti del genere, quale è contenuta nell'art. 40 della l. n. 87 del 1953, in relazione ai conflitti intersoggettivi.

⁶ In termini E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1996-1998), Giappichelli, Torino 1999, 429 ss.

⁷ E cioè, più precisamente, all'art. 1-bis, comma 3, del d.l. n. 26 del 2020 (Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020), conv., con modif., nella l. n. 59 dello stesso anno, nonché al d.p.r. del 17 luglio 2020 (Indizione del *referendum* popolare confermativo del testo della legge costituzionale recante «Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari» approvato dal Parlamento e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 240 del 12 ottobre 2019).

costituzionale Renzi-Boschi, in quanto il ricorso, nel caso di specie, era stato presentato ... dal Codacons e da un avvocato.

Per il resto, a quanto consta, la Corte si è sinora pronunciata in 31 occasioni sull'ammissibilità di conflitti interorganici in materia di *referendum* abrogativo (di cui 2 sollevati dalle Regioni proponenti⁸ e 29 dal Comitato promotore in occasione di richieste di iniziativa popolare⁹) ed in 10 ipotesi su ricorsi riguardanti *referendum* diversi da quelli contemplati dagli artt. 75 o 138 Cost. (di cui 8¹⁰ presentati in occasione di richieste di distacco di Comuni da una Regione e di aggregazione ad un'altra¹¹).

3.2. La Corte non coglie la novità

La giurisprudenza della Corte in tema di conflitti sollevati in occasione di consultazioni referendarie è, quindi, cospicua. E rispetto a tale giurisprudenza l'odierna fattispecie presentava indubbi caratteri di originalità. La Consulta, tuttavia, non sembra cogliere fino in fondo la novità e finisce, in tal modo, per non distinguere in maniera adeguata (od addirittura per confondere, come vedremo) il caso sottoposto al suo sindacato rispetto alla (consueta) ipotesi di un conflitto sollevato in materia di *referendum* abrogativo.

3.2.1. *Referendum* confermativo od abrogativo?

Così, innanzitutto – e più in generale – da una lettura complessiva delle argomentazioni contenute nell'ordinanza in esame, si evince con una certa facilità che l'organo di giustizia costituzionale non fa altro che rifarsi alle conclusioni raggiunte, in tema di conflitti tra poteri, in relazione a consultazioni popolari *ex art. 75 Cost.* Senza, però, indicare per quali motivi è possibile sostenere che quelle conclusioni debbano ritenersi *de plano* applicabili anche nell'ipotesi di un *referendum* confermativo o quanto meno affermare, in linea generale, che tra i due casi di cui si discute esiste un'analogia talmente evidente da esimerla dal procedere in tal senso.

In due passaggi, poi, delle motivazioni sviluppate (o non sviluppate) dal giudice dei conflitti, siffatta mancata o insufficiente distinzione genera inconvenienti (e conseguentemente rilievi critici) che meritano una specifica attenzione.

3.2.2. *Delegati o Comitato promotore?*

In primo luogo, infatti, vorrei evidenziare che i proponenti dell'odierno conflitto¹² si sono auto-qualificati come «legali rappresentanti del Comitato promotore della consultazione referendaria sul testo di legge costituzionale recante “Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari”». E la Corte, dal canto suo, nulla eccepisce al riguardo, limitandosi ad affermare, infatti – con evidente riferimento alle conclusioni raggiunte in tema di *referendum* abrogativo – che, «sotto il profilo della legittimazione attiva, la giurisprudenza

⁸ Si vedano, a tal proposito, le [ordd. nn. 82 del 2016](#) e [9 del 2020](#).

⁹ Cfr. le [ordd. nn. 17 del 1978](#); [1 e 2 del 1979](#); [42, 43, 44 e 45 del 1983](#); 8-27 luglio 1988, s.n.; 30 maggio 1990, s.n.; [118 e 226 del 1995](#) (in entrambe le ordinanze del 1995 la Corte si è pronunciata su due ricorsi); [338 del 1996](#); [9, 13, 131, 171 e 172 del 1997](#); [137 del 2000](#); [195 del 2003](#); [384 del 2004](#); [198 del 2005](#); [38 del 2008](#); [172 del 2009](#); [169, 196, 197 e 198 del 2011](#).

¹⁰ Con le [ordd. nn. 343 del 2003](#); [69 e 296 del 2006](#); [99, 189 e 434 del 2008](#); [1 e 14 del 2009](#).

¹¹ Gli ultimi due casi sono quelli di conflitti sollevati, rispettivamente, dai Promotori di un *referendum* abrogativo su legge regionale ([ord. n. 82 del 1978](#)) e dai Promotori di un *referendum*, *ex art. 123, comma 3, Cost.*, sullo Statuto della Regione Umbria (cfr. [ord. n. 479 del 2005](#)).

¹² E cioè i senatori Andrea Cangini, Nazario Pagano e Tommaso Nannicini.

costituzionale è costante nel riconoscere la legittimazione del Comitato promotore del *referendum* a proporre conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato».

Peccato, però, che il conflitto in oggetto non fosse sorto nel corso di una procedura referendaria ad iniziativa popolare, quanto piuttosto in relazione a un *referendum* confermativo che era stato richiesto da più di un quinto dei membri di una Camera (il Senato). Eventualità, questa, che non è contemplata, com'è noto, dall'art. 75 Cost.

Ora, in casi del genere, la l. n. 352 del 1970 non prevede affatto la costituzione di un Comitato promotore, né tanto meno la figura – invero barocca – di «legali rappresentanti» del medesimo, quanto piuttosto, e più semplicemente, «la designazione di tre delegati, scelti tra i richiedenti, a cura dei quali la richiesta è depositata presso la cancelleria della Corte di cassazione» (art. 6, comma 2). Viene fissata, in tal modo, una differenza, tra le due ipotesi di procedura ad iniziativa popolare o parlamentare, che è tenuta ferma, dalla legge di attuazione, in più parti del suo Titolo I¹³ (dedicato, per l'appunto, al «*Referendum* previsto dall'art. 138 Cost.»). Laddove si parla, per fare solo un esempio, dei soggetti che hanno «facoltà di prendere cognizione e fare copia [...] del verbale depositato presso la cancelleria del tribunale», e contenente i risultati, a livello provinciale, cui ha dato luogo il *referendum* confermativo, individuando tali soggetti nei delegati «o» nei promotori (art. 21, comma 5).

Insomma: i ricorrenti, com'è facile supporre, si sono avvalsi dell'espedito appena descritto allo scopo di sfruttare le conclusioni cui è giunta, da tempo¹⁴, la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di qualificazione del Comitato promotore di un *referendum* abrogativo quale «potere dello Stato». E dunque per agevolare, in buona sostanza, un riscontro positivo, da parte del giudice dei conflitti, circa la loro legittimazione attiva. Alla Consulta, invece, sfugge la questione, che avrebbe richiesto, quanto meno, qualche nota di puntualizzazione critica per censurare il mancato rispetto di quanto previsto dalla legge del '70.

3.2.3. *Sull'intervallo di tempo entro cui va effettuata la consultazione popolare*

La Corte, poi, a forza di occuparsi del caso *sub iudice* come se si trattasse, in realtà, di un conflitto sollevato in relazione all'istituto previsto dall'art. 75 Cost., finisce per commettere un evidente errore.

Nel motivare l'inammissibilità del ricorso esaminato la Consulta ricorda, infatti, che, sulla base della sua giurisprudenza pregressa, non rientra nella sfera delle attribuzioni riconosciute ai promotori¹⁵ «la pretesa di interferire sulla scelta governativa» relativa sia «al momento di indizione del *referendum*» sia «alla fissazione della data della consultazione referendaria». Purché, si aggiunge, «le operazioni di voto si svolgano nell'intervallo di tempo determinato dalla legge».

A questo punto, però, la Corte, per identificare siffatto lasso temporale, fa esplicito riferimento all'«art. 34, comma 1, della legge 25 maggio 1970, n. 352». Ed aggiunge, a scanso di equivoci, che proprio «questo intervallo è stato modificato», nella fattispecie, «dapprima dall'art. 81 del d. l. 17 marzo 2020, n. 18» ed «in seguito dall'art. 1-bis del d.l. n. 26 del 2020, [...] alla luce delle esigenze poste dal diffondersi dell'epidemia da Covid-19».

Ebbene, l'art. 34, comma 1, della legge del '70, essendo ubicato nel titolo II della stessa, riguarda, esclusivamente, il *referendum* abrogativo, disponendo, com'è noto, che gli elettori vengano convocati «in una domenica compresa tra il 15 aprile ed il 15 giugno». Mentre, con riferimento a consultazioni popolari di natura confermativa, il riferimento normativo corretto è dato dall'art. 15 della legge di attuazione, laddove si prescrive, invece, al primo comma che: «Il *referendum* è indetto con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza» con cui l'Ufficio centrale presso la Corte di cassazione «lo abbia

¹³ V. infatti, al riguardo, oltre all'esempio ricordato, di seguito, nel testo, quanto prevede l'art. 13 della l. n. 352.

¹⁴ Cfr. infatti, in tal senso, per prima, l'[ord. n. 17 del 1978](#).

¹⁵ E sia pure «in assenza di ragioni eccezionali».

ammesso»¹⁶; ed al secondo comma che: «La data del *referendum* è fissata in una domenica compresa tra il 50° ed il 70° giorno successivo all’emanazione del decreto di indizione». Come testimonia, del resto, la circostanza che la consultazione sulla legge costituzionale attualmente *in itinere* era stata originariamente prevista per il 29 marzo, ossia per una data che non rientra nel periodo indicato dall’art. 34 cit.

3.3. *L’abbinamento tra consultazioni referendarie e politiche*

Specularmente, e sotto un altro profilo, la Corte distingue tra *referendum* confermativo ed abrogativo, senza fornire, però, anche in questo frangente, alcuna specifica argomentazione circa le ragioni che la inducono ad operare in tal senso.

La Consulta, infatti, nella parte finale della sua motivazione, trova il modo di confutare (e sia pure «in sede di mera delibazione»!) le ragioni prospettate, nel merito, dai ricorrenti. Negando, tra l’altro, che l’accorpamento tra *referendum* costituzionale e consultazioni elettorali possa incidere negativamente «sul diritto all’effettuazione del voto referendario e sul suo esercizio [...], giacché sempre le forze politiche hanno dato indicazioni agli elettori anche sui *referendum* costituzionali; del resto, come questa Corte ha già evidenziato, la logica referendaria è intrecciata a quella della democrazia rappresentativa, non separata da essa ([sentenza n. 118 del 2015](#)); né può dirsi che la contestualità tra differenti campagne elettorali comporti, di per sé, una penalizzazione degli spazi d’informazione dedicati alla campagna referendaria».

Ora, a parte qualsivoglia considerazione circa la condivisibilità delle affermazioni riportate, ed a prescindere, altresì, da un’analisi più approfondita circa il richiamo operato nei confronti della [sent. n. 118 del 1995](#), con la quale la Corte, in verità, ha semplicemente negato¹⁷ che il voto su un quesito referendario possa essere equiparato «a un qualsiasi spontaneo esercizio della libertà di manifestazione del pensiero da parte di più cittadini, coordinati tra loro»¹⁸, senza esprimersi minimamente su eventuali sovrapposizioni o intrecci tra consultazioni referendarie ed elettorali, non va sottaciuto che, così argomentando, la Consulta non tiene in alcuna considerazione un duplice dato normativo, viceversa rilevante, in quanto è l’unico dettato nella materia di cui si tratta.

Gli artt. 31 e 34, commi 2 e 3, della l. n. 352 del 1970 stabiliscono, infatti, rispettivamente:

a) il divieto di deposito di richieste di *referendum* abrogativo «nell’anno anteriore alla scadenza di una delle due Camere e nei sei mesi successivi alla data di convocazione dei comizi elettorali per l’elezione di una delle Camere medesime»;

b) che: «Nel caso di anticipato scioglimento delle Camere o di una di esse il *referendum* già indetto si intende automaticamente sospeso all’atto della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto del Presidente della Repubblica di indizione dei comizi elettorali per la elezione delle nuove Camere» e che i termini dell’*iter* referendario in corso «riprendono a decorrere a datare dal 365° giorno successivo alla data della elezione».

Nel loro complesso, pertanto, le disposizioni richiamate dimostrano l’esistenza di un principio di carattere più generale, secondo cui, in caso di scioglimento ordinario (art. 31) oppure anticipato (art. 34) delle Assemblee legislative nazionali, va evitato il sovrapporsi di una consultazione referendaria abrogativa con quella elettorale. E questo perché – come si ricava dall’analisi dell’intenzione del legislatore storico e come è stato, del resto, posto in evidenza, da autorevole dottrina, proprio a

¹⁶ È questa, più in particolare, la norma che è stata derogata dall’art. 81, comma 1, del d. l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27 dello stesso anno, disponendo che «il termine entro il quale è indetto il *referendum* confermativo del testo di legge costituzionale, recante: “Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari” [...] è fissato in duecentoquaranta giorni dalla comunicazione dell’ordinanza che lo ha ammesso».

¹⁷ In opposizione alla tesi sostenuta dalla regione Veneto, la quale intendeva indire un *referendum* consultivo, tra gli elettori del proprio territorio, sul seguente quesito: “Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana?”.

¹⁸ Così [Corte costituzionale, sent. n. 118 del 2015](#), punto 5 del *Considerato in diritto*.

commento della disciplina in parola¹⁹ – la sostanziale contemporaneità di due votazioni così diverse per oggetto e significato potrebbe compromettere una corretta espressione della volontà popolare.

Ebbene, in presenza di un duplice dato normativo di tale tenore e del principio che da esso si ricava, stupisce che la Corte ometta qualsivoglia riflessione al riguardo, accontentandosi, al contrario, di affermare che da «sempre le forze politiche hanno dato indicazioni agli elettori anche sui *referendum* costituzionali» od addirittura, in contrasto con quanto previsto, come s'è visto, dalla legge di attuazione – e proprio discutendo, in generale, del possibile accorpamento tra consultazioni referendarie ed elettorali – che «la logica referendaria è intrecciata a quella della democrazia rappresentativa».

Nella prospettiva fatta propria dall'organo di giustizia costituzionale, infatti, occorre, semmai, dimostrare in maniera puntuale perché mai la *ratio* sottesa agli artt. 31 e 34 cit. non può trovare applicazione nell'ipotesi di un *referendum* confermativo. Impresa, in verità, non agevole da realizzare, dato che, in senso contrario, è possibile evidenziare come la differenza di grado e di valore tra le opzioni (contemporaneamente) demandate al votante risulti, nel caso di consultazione *ex art. 138 Cost.*, addirittura più marcata, venendo infatti in gioco questioni che attengono al “discorso costituzionale”, il quale, come mi pare evidente, è ancora più distante, di quanto non possa dirsi per le scelte concernenti il mantenimento o viceversa l'eliminazione di una legge ordinaria, dalle valutazioni politiche (più o meno) contingenti da cui normalmente dipende il voto di un elettore.

4. *Per concludere*

In conclusione, pertanto, ritengo che, nel caso dell'[ord. n. 195 del 2020](#), siamo in presenza di una pronuncia di inammissibilità non priva di errori e di omissioni. I tempi ristretti per una decisione sul conflitto non hanno forse consentito alla Corte costituzionale di argomentare in maniera più precisa e convincente. Sugerendo, altresì, ai giudici della Consulta, di imboccare la facile scorciatoia di attingere a piene mani dalla giurisprudenza pregressa in tema di conflitti originati in occasione di *referendum* abrogativi. Ciò è avvenuto, tuttavia, senza tenere nella dovuta considerazione che il conflitto riguardava, in realtà, un diverso istituto di democrazia diretta. Dando così vita al deludente risultato che si è appena descritto.

¹⁹ Il riferimento è a C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova 1976, II, 843 e 851; ma v. ad esempio, in senso analogo, M. DEVOTO, *La data di indizione del referendum abrogativo*, in *Giur. cost.* 1972, 988-989; ed A. CHIAPPETTI, *L'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, Milano 1974, 136 e 142.

Eugenio De Marco
Riduzione del numero dei parlamentari e riforma del sistema elettorale
*Qualche considerazione su un abbinamento contrassegnato da criticità**

ABSTRACT: *The paper addresses the issue of the reduction in the number of parliamentarians determined by the proposed constitutional revision already approved by the two Chambers, also discussing the project to return to the proportional electoral system according to the German model. The criticalities of the two reforms are highlighted, as well as the risk of a democratic regression deriving from the combination of the two reforms.*

SOMMARIO: 1. Rilievi preliminari sul progetto di revisione costituzionale per la riduzione del numero dei parlamentari – 2. Sul progetto odierno di un ritorno ad un proporzionale che richiama i tempi della c.d. “Prima Repubblica”, con esclusione peraltro delle forze politiche che non raggiungano un *quorum* minimo di rappresentatività secondo il modello tedesco – 3. Considerazioni su ciascuna delle due riforme di per sé considerate: di talune criticità ravvisabili nella riduzione del numero dei parlamentari, da una parte, e nella riforma del sistema elettorale, dall’altra – 4. Di talune considerazioni conclusive in tema di abbinamento tra riduzione del numero dei parlamentari e riforma del sistema elettorale: un probabile passo indietro in termini di rappresentatività democratica della stessa forma di governo.

1. Rilievi preliminari sul progetto di revisione costituzionale per la riduzione del numero dei parlamentari.

Numerosi, come è noto, sono stati i progetti di revisione costituzionale incidenti, tra i vari aspetti, sull’assetto parlamentare delineato dai Costituenti.

Vanno ricordati, in particolare, i progetti di revisione costituzionale del 2005 e del 2016, approvati a maggioranza assoluta in seconda votazione dalle Camere ma rispettivamente respinti nei referendum costituzionali del 2006 e del 2016. Progetti che, pur essendo espressione di coalizioni di Governo reciprocamente contrapposte (di centro-destra l’una, di centro-sinistra l’altra), erano accomunati dal fatto di perseguire ampie e radicali revisioni della Carta costituzionale del 1947 e nei quali il superamento del bicameralismo paritario occupava un posto di primo piano¹.

Del tutto diverso, invece, l’approccio alla tematica di una riforma del Parlamento nell’odierna XVIII Legislatura. Un approccio proceduralmente caratterizzato da una proposta avanzata fino dall’inizio della Legislatura con il Governo “Conte I”² e approvata con maggioranza diversificata nel successivo Governo “Conte II”^{3 4}: vale a dire dai componenti del Senato a maggioranza assoluta nella seconda deliberazione; mentre nella seconda deliberazione della Camera l’approvazione è avvenuta quasi all’unanimità⁵.

* Scritto pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 12, del Regolamento della Rivista.

¹ Al riguardo si veda in generale ed anche in una prospettiva storica G. TARLI BARBIERI, *L’irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in Federalismi.it, numero speciale, 15 aprile 2019.

² In carica dal 1° giugno 2018 al 5 settembre 2019.

³ In carica dal 5 settembre 2019.

⁴ Su caratteri e aspetti dei governi Conte, in generale, si vedano: B. CARAVITA, *I governi Conte: aspetti problematici di diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2019, 5 ss.; 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* 2019/III, 393.

⁵ In particolare, in prima deliberazione dal Senato il 7 febbraio 2019 e dalla Camera il 9 maggio 2019, nonché in seconda deliberazione dal Senato l’11 luglio 2019, dalla maggioranza che sosteneva il Governo “Conte I”, cioè dal Movimento 5Stelle, dalla Lega e da Fratelli d’Italia. Nella seconda deliberazione della Camera, con il Governo “Conte II” in carica, si sono espressi a favore della riforma costituzionale i partiti della nuova maggioranza (Movimento 5Stelle, Partito democratico, Italia Viva e Liberi e Uguali) oltre ai partiti di opposizione che nella vigenza del Governo “Conte I” si erano espressi per il sì.

Tale proposta di riforma costituzionale – che dovrà essere sottoposta a *referendum* confermativo ai sensi dell’art. 138, comma 2, Cost.⁶, non essendosi raggiunta la maggioranza qualificata dei 2/3 in una delle delibere finali⁷ – prevede – come è noto – una riduzione del numero dei parlamentari nelle stesse percentuali sia alla Camera dei deputati sia al Senato della Repubblica. Il numero dei deputati scenderebbe a 400⁸ e quello dei senatori elettivi, con esclusione cioè dei senatori a vita, a 200⁹. Nessuna modificazione verrebbe invece apportata al vigente sistema di bicameralismo paritario e gli stessi possibili impatti sulla legislazione elettorale, anche se modificata¹⁰, non dovrebbero essere in alcun modo capaci di paralizzare il potere del Presidente della Repubblica di sciogliere una o entrambe le Camere. La riforma della normativa costituzionale relativa al Parlamento sarebbe quindi limitata ad una riduzione nella stessa misura – e precisamente del 36,5% – del numero di deputati e senatori senza in alcun modo incidere su altri profili strutturali nonché sui profili funzionali di entrambi i rami del Parlamento.

Benché l’*iter* della riforma costituzionale *de quo* non sia concluso (mancando ancora la conferma in sede di *referendum ex art. 138 Cost.*), questo non impedisce qualche considerazione di fondo su quelle che ne costituiscono le linee essenziali. Tanto più che, pur rappresentando tale riforma costituzionale una iniziativa del precedente “Governo del cambiamento”, vale a dire il “Conte I”, il pieno compimento della stessa riforma costituisce comunque uno dei punti cardine del programma del nuovo governo, il “Conte II”, nonostante la diversa maggioranza da cui, come si è visto, è supportato¹¹.

Il punto su cui focalizzare l’attenzione è che, di per sé, la riduzione del numero dei parlamentari nella stessa proporzione del 36,5% per ciascun ramo del Parlamento e non accompagnata da alcuna modificazione del sistema di bicameralismo perfetto come pure delle funzioni delle stesse Camere, non si vede come possa in alcun modo valorizzare il ruolo costituzionale dell’istituzione parlamentare. La riduzione del numero dei parlamentari comporterebbe, è vero, riduzioni di spesa, ma è evidente che ciò non influirebbe sul ruolo del Parlamento.

Né, d’altro canto, l’innovatività del progetto di riforma costituzionale per la riduzione del numero dei parlamentari può essere vista – né avrebbe potuto essere vista fin dal momento della presentazione – in termini di “reciproco completamento” tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, di potenziamento dell’apporto diretto dei cittadini alle scelte politiche fondamentali insieme ad una

⁶ *Referendum* confermativo il cui svolgimento è stato fissato per il 20 e 21 settembre 2020.

⁷ Cfr. *supra*, testo e nota 5.

⁸ Con riduzione da dodici a otto del numero dei deputati eletti all’estero.

⁹ Con riduzione da sei a quattro dei senatori eletti all’estero. Nel territorio nazionale ogni Regione o Provincia autonoma non potrebbe avere meno di tre senatori, mentre resterebbe immutato il numero dei senatori del Molise (due) e della Valle d’Aosta (uno). Verrebbe fissato a cinque il numero massimo dei senatori a vita di nomina presidenziale, mentre resterebbe immutata la previsione costituzionale secondo cui gli *ex* Presidenti della Repubblica sono senatori a vita di diritto.

¹⁰ Cfr. *ultra*, § 2.

¹¹ In dottrina, tra i diversi scritti sul progetto di revisione costituzionale comportante la riduzione del numero di parlamentari in considerazione, si vedano in ottiche diverse: G. CERRINA FERONI, *Riduzione del numero dei parlamentari e applicabilità delle leggi elettorali*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2019, 4 ss.; P. COSTANZO, *Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari*, in questa *Rivista* 2020/I, 75; G. GUERRA, *Quando il legislatore costituzionale “dà i numeri” è meglio non fidarsi. Brevi osservazioni critiche sulla riduzione dei parlamentari*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2020; C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 69 ss.; E. VIVALDI, *Prime considerazioni sulla legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in questa *Rivista* 26-03-2020; R. MARZO, *Su alcuni numeri della matematica costituzionale (spunti di riflessione sulla riduzione dei parlamentari)*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2020, 97 ss.; P. D. LOGROSCIMO, *Rinvigorire il Parlamento ‘tagliato’ a scapito delle ragioni del regionalismo*, in *Federalismi.it*, n. 24 – 05/08/2020; F. BIONDI DAL MONTE e E. ROSSI, *Una riforma costituzionale per aggregarsi e legittimarsi*, in *Sezione monografica di Quaderni costituzionali*, n. 3/2020 (con contributi disponibili in modalità *early access*); M. MANETTI, *La riduzione del numero dei parlamentari e le sue ineffabili ragioni*, *ibidem*; A. TORRE, *“Meno siamo, meglio stiamo”? Il numero dei parlamentari fra quantità e qualità della rappresentanza*, *ibidem*; L. GIANNITI e N. LUPO, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui regolamenti di Senato e Camera*, *ibidem*.

valorizzazione della “capacità del Parlamento di rappresentare le istanze dei cittadini e di costituire un solido ponte tra la società e le istituzioni”¹².

Che nell’ottica di un raffronto comparativo tra ruolo delle istituzioni rappresentative e ruolo delle istituzioni di democrazia diretta il “pendolo” (ci sia consentito un linguaggio figurato) oscillasse nel “Governo del cambiamento” allora in carica, e artefice del progetto di riforma costituzionale *de quo*, decisamente verso la democrazia diretta non sembra contestabile.

Sicché, anche nell’odierno contesto politico del c.d. Governo “Conte II”, caratterizzato dall’assunzione di un nuovo ruolo del Presidente del Consiglio dei ministri, appare del tutto problematico – come del resto si vedrà meglio in prosieguo – ravvisare nella riduzione del numero dei parlamentari un fattore di valorizzazione della capacità rappresentativa del Parlamento. Tenuto conto, oltre tutto, che sono sempre pendenti in Parlamento progetti di riforma costituzionale come quello contenente disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di *referendum*: progetto di riforma inteso ad introdurre, tra l’altro, una forma di iniziativa legislativa popolare “rinforzata” suscettibile di essere confermata tramite *referendum*¹³.

2. *Sul progetto odierno di un ritorno ad un proporzionale che richiama i tempi della c.d. “Prima Repubblica”, con esclusione peraltro delle forze politiche che non raggiungano un quorum minimo di rappresentatività secondo il modello tedesco.*

Il “quadro storico” dei nostri sistemi elettorali si caratterizza – come è noto – per una estrema mutevolezza: si va, infatti, da sistemi di tipo proporzionale, o sostanzialmente tale, come quelli che hanno caratterizzato il lungo arco di tempo della c.d. “prima Repubblica”, a successivi sistemi di stampo prevalentemente maggioritario¹⁴ o pseudo- proporzionale, ma in realtà dagli aspetti ancora più spiccatamente maggioritari¹⁵.

Si evita qui di soffermarsi sulle successive vicende del sistema elettorale per il Parlamento italiano, un sistema configurabile quale modello in costante evoluzione contrassegnato anche da incisivi interventi della Corte costituzionale¹⁶.

Per venire quindi agli ultimi tempi, con la riforma elettorale realizzata con la legge 3 novembre 2017, n.165, recante “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”¹⁷, si è introdotto un sistema elettorale misto, anche se prevalentemente proporzionale, in quanto attribuisce – sia alla Camera dei deputati sia al Senato della Repubblica – circa un terzo dei seggi con metodo maggioritario e circa i due terzi con metodo proporzionale. Onde si può rilevare

¹² Come ritenuto da L. SPADACCINI, *Prospettive di riforma costituzionale nella XVIII legislatura*, in [Astrid](#), n. 13/2018.

¹³ Progetto approvato in prima deliberazione dalla Camera nel febbraio 2019 e trasmesso poi al Senato. Al riguardo, si vedano: E. CHELI, *Iniziativa legislativa e referendum: le proposte di revisione costituzionale*, in [Osservatorio AIC](#), 2019, n. 1-2, 183 ss.; V. DE SANTIS, *L’iniziativa popolare rinforzata*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2019, n. 2, 1 ss.

¹⁴ Come quello introdotto a seguito dell’esito positivo del *referendum* elettorale del 1993, al cui esito hanno fatto seguito le leggi nn. 276 e 277 del 1993 con le quali si sono conformati i sistemi elettorali dei due rami del Parlamento, avendo riguardato il *referendum de quo* il solo sistema elettorale del Senato.

¹⁵ Come quello introdotto a seguito della riforma elettorale del 2005, riforma che attribuiva alla coalizione che avesse ottenuto la maggioranza relativa una maggioranza assoluta con notevole premio di maggioranza, peraltro su base nazionale alla Camera dei deputati e su base regionale al Senato.

¹⁶ Così, le [sentenze della Corte costituzionale nn. 1/2014](#) e [35 del 2017](#), che avevano operato sulle vigenti leggi elettorali del Senato e della Camera. Sulle varie trasformazioni dei sistemi elettorali di entrambi i rami del Parlamento si veda diffusamente F. SGRÒ, *Il corpo elettorale*, in P. BILANCIA e E. DE MARCO (a cura di), *L’ordinamento della Repubblica*, Padova, 2018, specie 191 ss.

¹⁷ Legge elettorale che ha sostituito il sistema (c.d. “Legalicum”) – risultante dal combinato disposto di quanto residuava dai tagli apportati dalle due sopra richiamate (v. nota precedente) sentenze della Corte costituzionale sulle leggi elettorali del Senato e della Camera – e comunemente definita “Rosatellum-bis”, o anche semplicemente “Rosatellum”, dal nome dell’ideatore Ettore Rosato del PD. La denominazione spesso ricorrente di “Rosatellum-bis” deriva dall’esistenza di una precedente proposta di legge, strutturata in modo analogo sempre ideata da Ettore Rosato.

come nel suo complesso tale sistema elettorale favorisca l'apparentamento in coalizioni, considerato lo spiccato pluripartitismo che caratterizza l'attuale fase politico-istituzionale¹⁸.

Sistema elettorale che è stato solo marginalmente ritoccato con legge del maggio 2019, legge che non ha inciso in alcun modo sul suo carattere misto ma prevalentemente proporzionale – nella misura cioè di 2/3 a 1/3 nel rapporto tra proporzionale e maggioritario – anche se di solito indicata come “Rosatellum ter” per distinguerla se non altro dal “Rosatellum bis” *ex lege* n. 165/2017¹⁹.

Senonché, quantunque l'attuale sistema elettorale anche se rimodulato nella forma del “Rosatellum ter”, si configuri come un sistema quasi-proporzionale e tale quindi da richiamare sotto questo profilo quello dalla “prima Repubblica”, prende sempre più corpo la tendenza ad introdurre un sistema proporzionale puro, seppure con soglia di sbarramento.

Così le principali forze di maggioranza – vale a dire Partito democratico e Movimento 5Stelle – hanno avanzato nel gennaio 2020 – un progetto di riforma elettorale, il c.d. “Germanicum” o “Brescellum”²⁰: un progetto che richiama il modello tedesco, con assegnazione di tipo proporzionale dei seggi, ma con uno sbarramento del 5% quale requisito minimo per l'ingresso in Parlamento di una forza politica.

Anche se, a fronte delle riserve di partiti minori della coalizione di maggioranza lo sbarramento del 5% è stato corretto con il c.d. “diritto di tribuna”, nel senso che anche un partito minore che non superi il 5% dei voti a livello nazionale, ma raggiunga tale *quorum* in almeno tre circoscrizioni di due regioni alla Camera o in almeno due circoscrizioni anche se della stessa Regione al Senato, ottiene seggi.

Una decisa opposizione al “Germanicum” è stata promossa dalle destre in generale e in particolare dalla Lega che, a seguito del voto favorevole di otto Consigli regionali, ha avanzato una richiesta di *referendum* abrogativo della parte proporzionale del tuttora vigente “Rosatellum” in modo da trasformarlo in un sistema elettorale del tutto maggioritario.

Proposta di *referendum* dichiarata tuttavia inammissibile dalla Corte costituzionale per l'assorbente ragione dell'eccessiva manipolatività del quesito referendario nella parte riguardante la delega al Governo, ovverosia proprio nella parte che, secondo le intenzioni dei promotori, avrebbe consentito l'autoapplicabilità della normativa di risulta²¹.

¹⁸ Cfr. al riguardo: M. RUBINO, *Il Rosatellum-bis è legge: via libera del Senato con 241 sì*, in *La Repubblica*, 26 ottobre 2017; A. APOSTOLI, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017; S. CEC-CANTI, *I sistemi elettorali nella storia della Repubblica italiana dalla Costituente alla legge Rosato*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017; C. MIRABELLI, *Riflessioni di merito sul Rosatellum (al netto delle polemiche politiche)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017; S. TRANCOSSI, *Gli effetti della quota FPTT nel “Rosatellum-bis”*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018; F. SGRÒ, *Il corpo elettorale*, in P. BILANCIA e E. DE MARCO (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica*, cit., 201 s. Si ricorda, per inciso, che la differenza tra il meramente ideato “Rosatellum” e l'approvato “Rosatellum-bis” stava nella differente proporzione tra quota maggioritaria e quota proporzionale che nel “Rosatellum” era del 50% in entrambe le quote con soglia di sbarramento al 5%.

¹⁹ Con legge 27 maggio 2019, n. 51, su proposta dell'allora maggioranza di governo, è stato approvato il c.d. “Rosatellum ter”. Si è trattato di un intervento legislativo che, senza mutare il sistema misto proporzionale-maggioritario del c.d. “Rosatellum bis” con cui si è andati alle urne nelle elezioni politiche del 4 marzo 2018, ha come obiettivo quello di garantire l'applicabilità della legge elettorale indipendentemente dal numero dei parlamentari nella Camera e nel Senato, nella prospettiva della riduzione con legge costituzionale *in itinere* del numero dei membri dei due rami del Parlamento. In altri termini, pur restando immutata la proporzione tra seggi assegnati con il maggioritario e con il proporzionale (1/3 a 2/3) i seggi da attribuire nei collegi uninominali sono da stabilire non più in numero fisso ma in rapporto al numero dei parlamentari. Sull'*iter* che ha portato all'approvazione del “Rosatellum ter” si veda L. TRUCCO, *Audizione in merito al d.d.l. n. 881 “Legge elettorale per una determinazione dei collegi indipendente dal numero dei parlamentari*, in questa *Rivista* 2019/I, 13.

²⁰ Dal nome del presentatore del progetto alla Camera del deputato Giuseppe Brescia, del Movimento 5Stelle.

²¹ Corte cost. sent. n. 10 del 16 gennaio 2020. Si vedano in argomento: A. RUGGERI, *Ancora in tema di abrogazione in via referendaria (nota minima a Corte cost. n. 10 del 2020)*, in questa *Rivista* 2020/I, 78; N. LUPO, *L'ammissibilità dei referendum abrogativi in materia elettorale, nella stretta tra (necessaria) auto-applicatività e (moderata) manipolatività*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 febbraio 2020.

3. *Considerazioni su ciascuna delle due riforme di per sé considerate: di talune criticità ravvisabili nella riduzione del numero dei parlamentari, da una parte, e nella riforma del sistema elettorale, dall'altra.*

Diversi possono essere i profili delle riforme *de quibus* su cui focalizzare l'attenzione: profili non esenti da criticità sia con riguardo a ciascuna di esse di per sé considerata, sia, e ancora di più, considerate nel loro reciproco abbinamento.

Quanto alla riduzione con legge di revisione costituzionale del numero dei parlamentari non solo non se ne vede l'utilità, ma se ne colgono anche effetti che non possono essere considerati positivi.

Non se ne vede l'utilità dal momento che – come dianzi osservato²² – si elude il vero problema del nostro bicameralismo, quello cioè del suo carattere paritario: carattere che lo rende pressoché unico tra i vari sistemi bicamerali dei principali Stati e che comunque non fa che appesantire le procedure decisionali del Parlamento.

Può essere utile, a questo punto, per meglio evidenziare la peculiarità del nostro bicameralismo nel suo carattere paritario a prescindere dalla riduzione dei parlamentari a termini della riforma *de quo*, procedere a qualche confronto del nostro Parlamento con significativi esempi offerti da altre Costituzioni.

Se si esamina il contesto dell'Unione europea ci si rende conto, anzitutto, che gli Stati caratterizzati da un sistema monocamerale prevalgono su quelli caratterizzati da un sistema bicamerale²³.

Con la sola eccezione dell'Italia, d'altro canto, tutti gli Stati dell'Unione europea a sistema bicamerale si caratterizzano per un bicameralismo imperfetto o non paritario: per tale intendendosi, è superfluo ricordarlo, quel bicameralismo nel quale “le competenze della camera alta sono recessive rispetto a quelle della camera bassa”, alla quale spetta di norma dare la fiducia al Governo²⁴.

Così, limitando l'attenzione ai più significativi esempi di questo tipo di bicameralismo in ambito europeo, possiamo ricordare il modello tedesco, che si caratterizza per un Parlamento bicamerale, di carattere non paritario, con il *Bundestag*, eletto con clausola di sbarramento del 5%, investito del compito di instaurare un rapporto di fiducia con il Cancelliere, e in posizione di preminenza nel procedimento legislativo rispetto al *Bundesrat*, rappresentativo dei *Länder*. O il modello della Francia della V Repubblica che, a sua volta, ha un Parlamento bicamerale nel quale però solo l'Assemblea nazionale è investita del compito di dare la fiducia al Primo Ministro e al suo Governo.

Sempre in Europa, anche se ormai al di fuori dell'UE, altro peculiare esempio di bicameralismo imperfetto (se non ormai di pseudo-bicameralismo) è ravvisabile nel modello britannico, caratterizzato da una Camera dei Comuni elettiva, cui spetta prevalentemente la funzione legislativa, e da una Camera dei *Lords*, composta di membri ereditari e nominati a vita, la cui partecipazione alla funzione legislativa ha perso sempre più il proprio peso politico²⁵.

In definitiva quindi, oltre all'Italia, altri Stati a bicameralismo perfetto risultano essere la Svizzera e gli Stati Uniti d'America, non senza però talune prerogative differenziate almeno negli U.S.A.

In Svizzera²⁶, come è noto, l'Assemblea federale, cioè il Parlamento della Confederazione, si compone di un Consiglio Nazionale e di un Consiglio degli Stati di cui fanno parte i deputati dei Cantoni. Per tutte le leggi e i decreti federali è necessario l'accordo dei due organi.

²² Cfr. *supra*, § 1.

²³ Infatti, a quindici Stati del primo tipo fanno riscontro dodici Stati del secondo tipo, non annoverandosi più tra di essi il Regno Unito.

²⁴ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, vol. I, 580. Sui modelli di Camere Alte a confronto, in generale, si veda F. SGRÒ, *Il Senato e il principio della divisione dei poteri*, Milano, 2012, 247 ss.

²⁵ Sulla progressiva trasformazione della Camera dei *Lords*, che aveva dominato per diversi secoli la scena politica inglese, in “una mera Camera di riflessione, o ritardatrice”, anche a seguito di *Parliament Acts* che ne hanno fortemente ridotte le competenze legislative cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988, 191 ss.

²⁶ La cui attuale Costituzione è del 1999.

Anche negli U.S.A. la funzione legislativa è esercitata dai due rami del Parlamento. A termini, infatti, dell'art. 1 della Costituzione "Tutte le competenze legislative qui previste saranno conferite a un Congresso degli Stati Uniti, composto da un Senato e da una Camera dei rappresentanti". Tuttavia alcune specifiche funzioni sono riferite esclusivamente all'uno o all'altro ramo del Congresso^{27 28}.

Per ritornare al progetto di riforma costituzionale *de quo* – dopo questo inciso inteso ad evidenziare come il vero problema sia costituito dalla persistenza nel nostro sistema del bicameralismo paritario e non da una mera riduzione del numero dei parlamentari nelle stesse proporzioni in entrambe le Camere che non incide in alcun modo sul carattere paritario del bicameralismo – non si può non rilevare che per aspetti tutt'altro che irrilevanti, tale progetto di riforma costituzionale piuttosto che valorizzare l'istituzione parlamentare, come pure si è sostenuto²⁹, in definitiva finisce per indebolirne il ruolo soprattutto se si considerano le varie iniziative di rafforzamento della democrazia diretta al vaglio del Parlamento³⁰.

Quanto, dall'altra parte, alla riforma del sistema elettorale, l'introduzione del c.d. "Germanicum", che rappresenta oggi l'ipotesi di riforma più probabile, soprattutto se non accompagnato dal c.d. "Diritto di tribuna", comporterebbe un ritorno ad un sistema proporzionale tipo "prima Repubblica": con la differenza che all'epoca ricorreva una compattezza dei partiti politici ideologicamente supportata, pur non valendo tale connotazione a prolungare la durata dei Governi³¹.

D'altro canto, non sono mancate le critiche avanzate in dottrina a tale progetto di sistema elettorale anche sotto altri profili. Critiche tra l'altro non disgiunte da considerazioni attinenti alla stessa ritenuta improprietà della qualifica di "Germanicum" attribuita a tale sistema elettorale in quanto esso differirebbe non poco dal sistema elettorale vigente nella Repubblica federale tedesca³².

4. Di talune considerazioni conclusive in tema di abbinamento tra riduzione del numero dei parlamentari e riforma del sistema elettorale: un probabile passo indietro in termini di rappresentatività democratica della stessa forma di governo.

A voler trarre talune considerazioni conclusive su un possibile e fors'anche probabile abbinamento tra una riduzione con legge di revisione costituzionale del numero dei parlamentari e riforma in senso proporzionale del sistema elettorale, non si può non ritenere come ciò inciderebbe sulla stessa forma di governo alterandone quanto meno il grado di rappresentatività democratica.

Non si vuole con questo affermare che un sostanziale nuovo "bilanciamento" tra ruolo inevitabilmente suscettibile di ridimensionamento delle istituzioni rappresentative e, seppure in

²⁷ A termini infatti dell'art. II, sezione 2, occorre il parere e il consenso del Senato per la nomina da parte del Presidente degli U.S.A. degli ambasciatori, degli altri diplomatici e dei consoli e dei giudici della Corte Suprema. Mentre a termini dell'art. I, sezione 7, "Tutti di progetti di legge relativi all'imposizione di tributi debbono aver origine nella Camera dei rappresentanti"; ed inoltre sempre alla Camera dei rappresentanti, ai sensi dell'art. II, sezione 4, è attribuito il potere di dare inizio alla procedura di messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica, del Vicepresidente e di ogni altro funzionario civile.

²⁸ In passato un esempio di bicameralismo perfetto si rinveniva nella Costituzione belga del 1831.

²⁹ Cfr., in tal senso, già ad inizio Legislatura, L. SPADACCINI, *Prospettive di riforma costituzionale nella XVIII Legislatura*, cit.

³⁰ Cfr. *supra*, § 1, testo e nota 13.

³¹ Durata che all'epoca era in media inferiore all'anno.

³² Così, di un nuovo latinismo elettorale riferito ad un progetto che ha ben poco di tedesco parla S. MANGIAMELI, in una intervista dal titolo *Il Germanicum dividerà ancora di più politici ed elettori*, riportata in [IlSussidiario.net](https://www.ilsussidiario.net), 10 gennaio 2020; sul carattere fuorviante della denominazione "Germanicum" attribuita allo stesso progetto si sofferma a sua volta R. D'ALIMONTE, sempre in una intervista intitolata *Sulla legge elettorale ora l'Italia rischia di fare un passo indietro*, riportata in [open.luis.it](https://www.open.luis.it), 15 gennaio 2020. Tra gli scritti, per lo più di carattere giornalistico e/o politico, su tale progetto di riforma elettorale si vedano: E. PATTA, *Legge elettorale, al via il Germanicum. Da sciogliere il nodo dei piccoli partiti*, in [Il Sole24Ore, Argomenti](https://www.ilsol24ore.com), 9 gennaio 2020; E. M. COLOMBO, *La legge elettorale c'è, ma non si vede. E sul Germanicum ci sono due fronti contrapposti*, in [Tiscali News](https://www.tiscali.com), 17 giugno 2020.

prospettiva, incremento dell'apporto diretto dei cittadini alle scelte politiche fondamentali³³ rappresenterebbe, da un punto di vista prettamente teorico, un passo indietro in termini di democraticità dell'ordinamento. Nelle concezioni classiche, come è ben noto, la democrazia diretta è stata considerata l'*optimum* della democrazia. Basti richiamarsi al pensiero di Rousseau che, in dura polemica con ogni sistema rappresentativo considerato il retaggio di istituzioni feudali, arrivava a sostenere che ogni legge che il popolo non ha ratificato è nulla³⁴. Sennonché, nell'odierna realtà la complessità dei problemi che si pongono è tale che non possono essere in gran parte risolti dall'elettorato semplicemente con un sì o un no, ma richiedono livelli di competenze cui solo organi particolarmente qualificati possono dare adeguate risposte. Basti pensare alla complessità delle leggi finanziarie.

E nemmeno una riduzione del numero dei parlamentari, purché razionalmente calibrata, rappresenterebbe di per sé un rischio per la democrazia. Basti pensare che in più della metà degli Stati dell'Unione europea vige un sistema monocamerale³⁵.

Il fatto è piuttosto che l'impostazione di tali riforme, ancor più se reciprocamente abbinata, non si limita a modificare quell'equilibrio voluto dai Costituenti fondato sulla centralità parlamentare sostituendolo con un assetto caratterizzato da una preminenza dell'esecutivo, pur sempre peraltro bilanciata da un adeguato ruolo di controllo parlamentare in sintonia con una tendenza ormai pressoché comune nelle odierne democrazie. Il percorso, nell'ottica delle abbinata riforme si prospetta invece, a ben considerare, alla stregua di un percorso che va verso una forma di premierato non controbilanciata da un adeguato ruolo di istituzioni tipicamente rappresentative come le Camere parlamentari. Istituzioni il cui ruolo tende piuttosto ad essere soppiantato da organi non direttamente rappresentativi come la Corte costituzionale³⁶.

Ma vi è di più. Nello stesso esecutivo il principio collegiale tende ad essere soppiantato da un principio monocratico a tutto scapito del principio collegiale.

Basti pensare, per concludere con un esempio attuale e particolarmente significativo quale quello della non ancora superata pandemia da "covid-19", alla serie di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, formalmente etichettati come di attuazione di decreti-legge ma in realtà spesso integrativi di non pochi aspetti di questi³⁷. Il che appare incompatibile se si considera quanto tutto questo abbia potuto incidere su ambiti di diritti di libertà che, in quanto coperti da riserve di legge assolute, avrebbero potuto essere disciplinati solo con leggi o atti ad esse equiparati, quali appunto i decreti legge.

³³ Cfr *supra*, § 1, testo e nota 13.

³⁴ Cfr. quanto l'illustre pensatore ginevrino scriveva nella sua opera sul Contratto sociale, pubblicata nel 1762: "L'idée des représentants est moderne; elle nous vient du gouvernement féodal, de cet inique et absurde gouvernement dans lequel l'espèce humaine est dégradée, et où le nom d'homme est en déshonneur. Dans les anciennes républiques, et même dans les monarchies n'eut de représentants; on ne connaissait pas ce mot-là"; ed ancora: "La souveraineté, n'étant que l'exercice de la volonté générale, ne peut jamais s'aliéner, et le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même" (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social: ou principes du droit politique*, II, 1 e 7, III 1 e 15).

³⁵ Cfr. *supra*, nota 23.

³⁶ Basti pensare al ruolo assunto dalle sentenze monitorie, additive, creative e paralegislative: sentenze che hanno fatto della Corte un organo promotore, se non quando artefice, di riforme e svolte legislative.

³⁷ Al quale riguardo cfr. E. DE MARCO, [Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus](#), in questa [Rivista 2020/II](#), 370 e 372.

Antonio Ruggeri
Il processo costituzionale nel pensiero di P. Carrozza
e nei più recenti e salienti sviluppi dell'esperienza* **

ABSTRACT: *The essay, in commemoration of Paolo Carrozza, focuses on the critical issue concerning the "jurisdictional nature" of the Constitutional Court's activity, also in light of the more recent prevalence of its political "soul" over the jurisdictional one. In any case, this predominance is made more conspicuous in reason to recent opening to the civil society: hence, the need to keep the Court as legislator distinct from the Court-judge.*

SOMMARIO: 1. Un breve preambolo, dedicato ad un personale ricordo di Paolo Carrozza e dei miei primi contatti con la Scuola pisana di diritto costituzionale. – 2. L'opzione per lo studio dei profili processuali piuttosto che per quelli sostanziali della giustizia costituzionale. – 3. Alcune riflessioni di C. in tema di processo costituzionale e la questione di cruciale rilievo riguardante la "giurisdizionalità" dell'attività svolta dalla Corte. – 4. I connotati complessivamente peculiari del processo costituzionale (con specifica attenzione al contraddittorio), la *Corte-Giano bifronte* e la tendenza, nelle più recenti esperienze della giustizia costituzionale particolarmente marcata e preoccupante, alla dominanza della sua "anima" politica su quella giurisdizionale, resa viepiù vistosa dalla recente apertura fatta alla "società civile". – 5. Cenni ad alcune esperienze processuali dalle quali il volto "politico" della Corte emerge con il maggior nitore (con particolare riferimento all'*amicus curiae* ed a talune novità di speciale significato registratesi sul fronte delle decisioni, segnatamente in occasione della definizione del caso *Cappato* e in merito alla c.d. "doppia pregiudizialità"). – 6. Il bisogno di tenere ad ogni modo distinta la *Corte- "legislatore"* dalla *Corte-giudice*, le migliori risorse di cui si dispone a presidio della "giurisdizionalità" dell'attività della Corte (con specifico riguardo alla sua "doppia coerenza" ed al "dialogo" con le altre Corti), l'inquietante quesito se, alla luce delle più recenti esperienze, sia ancora oggi possibile discorrere di un "processo" di una "giurisdizione" costituzionale.

1. *Un breve preambolo, dedicato ad un personale ricordo di Paolo Carrozza e dei miei primi contatti con la Scuola pisana di diritto costituzionale*

Desidero anteporre alla parte scientifica di questo scritto un personale ricordo di Paolo Carrozza come uomo ed amico, ancora prima che quale collega e studioso.

I miei rapporti con la Scuola pisana sono assai risalenti, avviati dallo scambio avvenuto pressoché in simultanea tra il suo fondatore e me dei nostri libri sulle fonti del diritto usciti nel 1977¹. Ricordo perfettamente che, una volta avuto in mano il suo poderoso volume, avrei voluto riscrivere di sana pianta il mio, acquisita la consapevolezza di quanto incompiuto e, soprattutto, acerbo esso fosse per impostazione e contenuti. A quel tempo, della Scuola suddetta era stato appena gettato il primo seme, che poi si tramuterà in una pianta rigogliosa e feconda: il primo allievo di Pizzorusso, R. Romboli, si era laureato da appena due anni e tutti gli altri allievi sarebbero poi venuti col tempo. I rapporti in parola, poi, s'intensificarono soprattutto in occasione del concorso a cattedra conclusosi nell'86 e che vide Romboli e me vincitori. Dopo qualche anno ci fu il primo incontro di quello che in seguito prenderà il nome di "Gruppo di Pisa", per iniziativa dello stesso Romboli, al quale partecipò un gruppo ristretto di studiosi (e, tra questi, anche Paolo Carrozza: d'ora innanzi, per brevità, C., che ci rappresentò una sintetica ma densa riflessione sul processo costituzionale, alla quale farò riferimento

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

** Intervento ad un Seminario in tema di Giustizia costituzionale italiana e comparata svoltosi via *web* il 10 settembre 2020 in ricordo di Paolo Carrozza per iniziativa del Dottorato di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali dell'Università di Pisa e del Dottorato in Diritto dell'Istituto DIRPOLIS della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

¹ Di A. PIZZORUSSO è il noto *Fonti del diritto*, apparso nel *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, art. 1-9, del quale è stata poi curata una seconda edizione (che, però, in realtà, si pone quale un sostanziale rifacimento dell'opera), venuta alla luce nel 2011; il mio libro, cui ora faccio riferimento, è *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, edito per i tipi della Giuffrè.

a breve), ed a distanza di poco tempo fui nuovamente chiamato a Pisa a prendere parte ad una tavola rotonda svoltasi il 24 gennaio 1991, nel quadro delle *Letture su Cultura giuridica e cultura senza aggettivi*, per discutere di un libro di R. Guastini in tema di fonti, appena venuto alla luce².

Mi trattengo solo per un momento su questa occasione di confronto su temi di comune interesse perché mi diede modo di approfondire la mia conoscenza di Paolo, come studioso e – dicevo – soprattutto come uomo. Mi ero infatti specificamente intrattenuto sulla questione relativa al fondamento dell'abrogazione³, sollecitato dalla curiosità in me generata dalla soluzione fatta propria, con fini argomentati, da G., che tuttavia mi lasciava insoddisfatto, in ispecie per il fatto che, a mio modo di vedere, non riusciva a superare l'aporia teorica (apparente) costituita dall'avvicendamento nel tempo sul medesimo ambito materiale di due atti normativi reciprocamente incompatibili, con conseguente prevalenza dell'uno sull'altro malgrado fossero dotati della medesima forma e forza, in palese ripudio del terzo principio della dinamica, valevole per il mondo della fisica, secondo cui – come si sa – due forze uguali e contrarie si annullano reciprocamente⁴.

Ricordo perfettamente che, al momento del mio ritorno a casa, fui accompagnato alla stazione da Paolo e da un giovanissimo Lele Rossi e che strada facendo il primo mi sottopose alcune sue riflessioni sul tema da me trattato, esposte con cristallina chiarezza e corredate di riferimenti di teoria generale del diritto e di diritto comparato. Confesso che ne fui davvero impressionato.

Con Paolo e gli altri amici pisani, poi, ci sono state innumerevoli altre occasioni di incontro, di collaborazione per me sempre particolarmente feconda e, soprattutto, di grande arricchimento umano. Considero l'amicizia col tempo sempre più cementata che mi lega ai componenti di questa grande Scuola (e, in particolare, a Roberto Romboli) uno dei più grandi doni ricevuti dal mio lungo percorso universitario.

Di Paolo ho sempre ammirato la finezza dei tratti, accompagnata da una signorilità non ostentata ma reale, la smisurata cultura (mi sono sempre chiesto dove trovasse il tempo per leggere tutto ciò che dimostrava di conoscere a menadito, sapendo che tra l'altro la libera professione l'assorbiva non poco), la incontenibile curiosità intellettuale, l'apertura mentale e la disponibilità all'ascolto, a non sovrapporre il proprio pensiero e la propria voce a quelli altrui, che è qualità sempre più rara anche nella cerchia composta dagli studiosi maggiormente sensibili ed attenti, dal momento che molti di noi, innamorati delle nostre idee, tendiamo, anche senza avvedercene, ad esporre in primo piano la nostra "merce" che supponiamo essere sempre di particolare pregio, forse davvero la migliore sul mercato scientifico. Paolo, insomma, era (e, nel mio cuore, rimane anche oggi che non è più fisicamente con noi) un autentico galantuomo ed uno studioso di razza allo stesso tempo. Il confronto con lui, sempre stimolante e mai scaduto nella banalità, mi manca molto e so che manca anche a tanti altri colleghi ed estimatori, così come (e soprattutto) mi manca il calore umano che sapeva a piene mani trasmettere.

² Si trattava della prima ediz. di *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 1990.

³ Ne feci poi un breve scritto, dal titolo *In tema di abrogazione ed annullamento (a margine di R. Guastini, Dalle fonti alle norme, Giappichelli, Torino 1990)*, apparso su *Nomos*, 1/1991, 79 ss.

⁴ Ovviamente, non è di qui indugiare sulla questione, in questa sede priva d'interesse; mi limito solo a far presente che, a mia opinione, l'aporia in parola poteva (e può) essere rimossa riportando il criterio cronologico a quello gerarchico e considerandolo dunque quale una sua peculiare espressione; ciò che si ha, ove si ammetta l'esistenza di una dissociazione tra la *produzione* dell'effetto abrogativo (pianamente riportabile alla fonte posteriore ovvero, per la tesi patrocinata da un'autorevole dottrina, a quella anteriore che si renda disponibile al proprio superamento in conseguenza della entrata in vigore di altro atto provvisto della sua medesima forza e con la prima incompatibile) e la *qualificazione* della validità dello stesso ad opera della metanorma relativa all'abrogazione quale è data desumere da ogni previsione costituzionale concernente potestà di normazione. Con la conseguenza che il mancato rispetto del canone cronologico ridonda *ipso facto* nella inosservanza della metanorma che lo fonda e giustifica (quanto alle leggi, dell'art. 70) e, per ciò stesso, del canone gerarchico.

2. *L'opzione per lo studio dei profili processuali piuttosto che per quelli sostanziali della giustizia costituzionale*

Passo dunque alla parte propriamente scientifica della mia riflessione.

Due, a mia opinione, le prospettive maggiormente illuminanti dalle quali tornare a guardare alle esperienze della giustizia costituzionale al fine di coglierne le più salienti espressioni o, se si preferisce altrimenti dire, due i modi con cui esse possono con profitto essere rappresentate.

Per l'un verso, facendo riferimento alle due parti in cui si articola la Carta costituzionale, ci si può chiedere *cosa* la Corte costituzionale abbia complessivamente fatto ora a garanzia dei diritti fondamentali o a salvaguardia dei doveri inderogabili ed ora a presidio dell'equilibrio voluto dalla Carta stessa tra gli elementi di cui si compone l'organizzazione della Repubblica. Ancora prima, per vero, ci si potrebbe interrogare in merito a ciò che è stato fatto a protezione dei principi fondamentali; solo che, espandendosi questi ultimi fino a pervadere e a ricoprire l'intero campo costituzionale, è chiaro che il riferimento agli stessi deve comunque farsi quale che sia il "settore" del campo stesso fatto specifico oggetto di esame. Così, per fare ora un solo esempio, è di tutta evidenza che il principio fondamentale enunciato nell'art. 5 è di necessità evocato in campo da uno studio che s'interroghi sul senso o l'orientamento complessivo della giurisprudenza costituzionale al piano dei rapporti Stato-Regioni; e così via per qualunque altra analisi.

Per l'altro verso, ci si può chiedere *come* la Corte abbia operato al fine di assolvere al suo compito di garante della legalità costituzionale.

Per il primo aspetto, vengono in rilievo gli *obiettivi* raggiunti; per il secondo, gli *strumenti* utilizzati per centrarli. Questo secondo versante, in breve, rimanda al modo con cui la Corte ha complessivamente inteso e messo in atto il processo costituzionale.

Si tratta – com'è chiaro – di due prospettive complementari, che in realtà richiederebbero di essere entrambe coltivate e portate a frutto, non foss'altro che per il fatto che esse si fanno reciproco rimando, restando altrimenti l'analisi fatalmente monca e parziale, e, proprio per ciò, comunque non del tutto appagante. È però pure chiaro che battere entrambi i fronti sarebbe un'impresa titanica, che esporrebbe gli esiti teorico-ricostruttivi raggiunti a conclusione di entrambi i percorsi alla critica pressoché sicura e persino scontata della eccessiva semplificazione, essendo inevitabilmente obbligata l'analisi a trascurare almeno alcuni materiali dei quali pure, a motivo del loro rilievo, dovrebbe tenersi conto.

Dovendo fare una scelta, opto dunque in questa sede per il secondo dei versanti suddetti, per due ragioni che, a mio avviso, avvalorano questa opzione.

La prima è che ragionare attorno al processo equivale, in buona sostanza, a chiedersi come la Corte veda se stessa, la propria natura, il ruolo che è chiamata ad esercitare nel sistema delle istituzioni, e, di conseguenza, perché in talune circostanze si sia spinta (e si spinga) a dire ciò che dice mentre in altre si arresti e ritragga, mascherandosi dietro un (non sempre, per vero, linearmente e sufficientemente argomentato) *non liquet*. Si va, perciò, in tal modo al cuore pulsante della giustizia costituzionale, la cui opportuna messa a fuoco e rappresentazione agevola la comprensione dei profili di merito emergenti dalla giurisprudenza costituzionale relativa a questo o quel campo materiale di esperienza.

La seconda ragione rimanda ad alcune riflessioni teoriche di C., alle quali ci è stato sollecitato di fare riferimento da chi ha assunto la lodevole iniziativa di organizzare il ciclo dei Seminari che oggi si inaugura, riflessioni che appaiono racchiuse in taluni scritti che, seppur non numerosi per quantità, presentano ancora oggi, a distanza di ormai molti anni dalla loro pubblicazione, non poco pregio per qualità, meritevole di ricevere la giusta evidenza.

Procederò così nel mio studio: muoverò da alcune di tali riflessioni a mio avviso particolarmente illuminanti lasciateci dal compianto amico e collega prematuramente scomparso e mi chiederò quindi se (e in che misura) possano ancora oggi tornare utili alla osservazione delle esperienze successivamente affermatesi, se dunque si sia avuta ulteriore conferma delle indicazioni risultanti

dalle riflessioni stesse ovvero se si siano registrati degli scostamenti sensibili da esse, avendo nel frattempo la giurisprudenza intrapreso vie di sviluppo imprevedibili al tempo in cui C. ci consegnava i suoi scritti.

3. *Alcune riflessioni di C. in tema di processo costituzionale e la questione di cruciale rilievo riguardante la “giurisdizionalità” dell’attività svolta dalla Corte*

Nel succoso scritto su *Il processo costituzionale come processo*⁵, muovendo da alcuni riferimenti di diritto comparato, C. rilevava la “dimidiatazza” di molti istituti della giustizia costituzionale nel nostro Paese, che non dava modo alla natura giurisdizionale del processo di “manifestarsi compiutamente” (68); e, appoggiandosi ad alcune indicazioni di un noto studio di N. Trocker, portava, tra gli altri esempi a riprova del suo assunto, quello dell’intervento dei terzi al giudizio quale emblematica testimonianza dell’arretratezza della disciplina legislativa e della evoluzione giurisprudenziale rispetto a quelle invece registratesi in altri ordinamenti. Rilevava, inoltre, facendo un generico richiamo ad alcuni interventi al nostro seminario e confinando questo suo pensiero dentro una parentesi che avrebbe invero meritato maggiore risalto e svolgimento, come “il vero nodo problematico della giustizia costituzionale contemporanea” fosse dato dalla “tendenza all’appiattimento della Corte sul sistema politico” (70): un autentico *punctum crucis*, questo, della giustizia costituzionale (e non solo) sul quale qui pure m’intratterò a momenti. Chiudeva quindi la sua riflessione una sollecitazione a “lavorare sulla struttura del processo costituzionale esistente”, allo scopo di aprirlo “alla logica processuale in senso tecnico”, in ispecie attraverso l’allargamento del contraddittorio e lo svolgimento di un’“adeguata istruzione probatoria”.

Del contraddittorio C. è poi tornato a trattare in occasione di un Seminario svoltosi a Pisa nel 2001 ed avente ad oggetto le norme integrative⁶, rappresentando con puntuali e fini argomenti una tesi internamente articolata, volta a caldeggiare l’adozione di norme integrative non rigide bensì adeguate alle peculiari esigenze dei singoli processi ai quali quello costituzionale è funzionalmente legato: dunque, norme, in primo luogo, sufficientemente elastiche in relazione a rapporti sostanziali, quali sono quelli cui si riferiscono i giudizi in via d’azione a motivo della indeterminatezza del dettato costituzionale relativo al riparto delle competenze tra Stato e Regioni, norme cioè nelle quali i tratti propri dei rapporti stessi possano avere la loro speculare proiezione, mentre quanto ai giudizi in via incidentale dovrebbero aversi norme “differenziate” a seconda della natura del processo (civile, penale, ecc.) da cui ha origine la questione portata alla cognizione della Corte.

In tal modo, C., più che risolvere il problema, lo pone, o meglio lo ripropone in tutta la sua complessità e gravità. Una tesi – a me pare – coraggiosa, forse per vero arditata, non essendone di tutta evidenza agevole la traduzione in termini positivi; ed una tesi che, nelle notazioni iniziali che ne danno la raffigurazione, appare essere in parte anticipatrice di una soluzione che – come si sa – solo assai di recente ha avuto modo di affermarsi. In modo asciutto e con semplicità di espressione, C. si immaginava infatti che chi è interessato (o, meglio, ritiene di esserlo) da un processo che sta per celebrarsi presso la Consulta, conoscendo l’orario di apertura della Cancelleria ed intendendo rappresentare alla Corte il proprio punto di vista, avrebbe potuto comunque presentare una memoria; “poi si vedrà”: spetterà, infatti, alla Corte “stabilire se quel soggetto era legittimato” a farlo⁷. Naturalmente, la scrematura si sarebbe poi dovuta avere in base a quella disciplina internamente articolata e flessibile, di cui poc’anzi si diceva. Sta di fatto, però, che, pur pronunziandosi la Corte per il difetto di legittimazione, ugualmente avrebbe dovuto prendere conoscenza degli argomenti

⁵ ... apparso ne *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 1991, 63 ss.

⁶ ... i cui Atti sono in A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, a cura di G. Famiglietti - E. Malfatti - P.P. Sabatelli, Giappichelli, Torino 2002; l’intervento di P. CARROZZA è a 343 ss.

⁷ I riferimenti sono tratti da 343.

addotti dal *quisque de populo* a sostegno della propria iniziativa; e, per questo verso, come si vede, nell'esito pratico, il "lodo" Carrozza – se così vogliamo chiamarlo – non differiva molto da una indicazione presente nelle nuove N.I.

La circostanza per cui, con riferimento ai giudizi già avviati, venisse patrocinata una soluzione – come si è veduto – differenziata ed internamente articolata non comporta, tuttavia, una indiscriminata apertura per ciò che attiene alle modalità di accesso ai giudizi di costituzionalità, i parametri, gli oggetti. Di contro, in uno scritto frutto di collaborazione con R. Romboli ed E. Rossi⁸, C. avverte che una non vigilata apertura dell'accesso non porterebbe all'effetto del rafforzamento della giustizia costituzionale⁹; e, forte delle sue non comuni conoscenze di diritto comparato, adduce a conferma della tesi patrocinata la disciplina invalsa negli Stati Uniti, non senza nondimeno trascurare un sano invito alla prudenza prima di far luogo ad un meccanico trapianto di modelli ed esperienze altrove affermatasi (spec. 698).

Notazioni problematiche ed internamente articolate ritroviamo poi nella riflessione dedicata ad altri istituti ed esperienze riguardanti il processo costituzionale, con specifica attenzione al versante della decisione, laddove C. s'interroga circa la opportunità di riconoscere in capo alla Corte un potere di disporre misure cautelari in attesa della definizione del giudizio e di manipolazione degli effetti temporali delle decisioni, sia per il passato che per il futuro¹⁰. Un potere, quest'ultimo, che si precisa essere proprio più del legislatore che di un giudice¹¹ e che, comunque, non para del tutto il rischio micidiale che, alla ripresa del giudizio *a quo*, si abbia poi ugualmente l'applicazione della legge dichiarata costituzionalmente illegittima, senza peraltro trascurare la circostanza per cui il differimento della produzione dell'effetto ablativo può dimostrarsi utile unicamente alla condizione che si abbia quindi riscontro della collaborazione del legislatore, sollecito nel far luogo al necessario intervento riparatorio stimolato dalla Corte. Cosa della quale – come ha ancora di recente avvalorato il discusso (e discutibile) caso *Cappato* – molte volte non si è avuto (e non si ha) riscontro, con ulteriori, evidenti risvolti negativi.

Ciò che, ad ogni buon conto, ha uno speciale rilievo, al di là delle opzioni manifestate da C. su singoli aspetti e momenti del processo costituzionale, è la visione d'assieme dallo studioso manifestata a riguardo della essenza della giustizia costituzionale, ancora una volta messa a fuoco dalla prospettiva, agli occhi di C. sempre particolarmente illuminante, del diritto comparato, ed è nel riconoscimento di una ora più ed ora meno "marcata giurisdizionalità degli organi di giustizia costituzionale"¹².

Il punto è in modo chiaro e fermo fissato da C., al di là poi dei riscontri che effettivamente se ne abbiano dall'esperienza, nelle sue oscillanti e discontinue movenze. È questo l'autentico *punctum crucis* al quale ogni questione in tema di giustizia costituzionale finisce poi con il fare capo; ed è su di esso, dunque, che deve specificamente fermarsi l'attenzione, tornando ad interrogarsi se (ed in che misura) questa complessiva connotazione resista al trascorrere di un tempo che sembra invero essere ormai distante da quello, pure oggettivamente non remoto, in cui C. ci consegnava le sue argomentate e raffinate riflessioni.

⁸ *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive del suo superamento*, in AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, ESI, Napoli 2006, 679 ss. (ed *ivi* indicazione dei parr. la cui stesura si deve specificamente alla mano di P. Carrozza).

⁹ V., part., dello scritto da ultimo richiamato, 694 ss.

¹⁰ V., part., il par. 9 dello scritto sopra cit., redatto assieme a R. Romboli (748 ss.).

¹¹ Ancora, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive del suo superamento*, cit., 753.

¹² Il riferimento è tratto da *La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema delle regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito*, in AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Giappichelli, Torino 1996, 450.

4. *I connotati complessivamente peculiari del processo costituzionale (con specifica attenzione al contraddittorio), la Corte-Giano bifronte e la tendenza, nelle più recenti esperienze della giustizia costituzionale particolarmente marcata e preoccupante, alla dominanza della sua “anima” politica su quella giurisdizionale, resa viepiù vistosa dalla recente apertura fatta alla “società civile”*

Muovo al riguardo da due dati sulla cui esistenza si registrano larghi e convinti consensi, pur se variamente argomentati: il carattere ad ogni buon conto peculiare del processo costituzionale, come tale refrattario ad essere spiegato in ciascuna delle sue fasi ed in tutte assieme a mezzo delle categorie e degli schemi teorici usualmente fatti valere per altri tipi ed esperienze processuali e il carattere parimenti peculiare dell'organo istituito al fine di somministrare giustizia costituzionale, che è, sì, “giudice” ma ha anche una connotazione (latamente) politica o – come suol dirsi, con espressione invero abusata e bisognosa di non poche precisazioni – ha una doppia “anima”, giurisdizionale e politica, in perenne equilibrio instabile ma pur sempre, appunto, obbligate a non sopraffarsi a vicenda. Una connotazione, questa, intuita già da prima che la giustizia costituzionale si mettesse in moto e variamente descritta dagli studi ad essa in tempi ormai risalenti dedicati¹³.

Si tratta – com'è chiaro – di tratti espressivi del complessivo modo di essere del sistema di giustizia costituzionale che si ritrovano, pur con differenze di non secondario rilievo, anche in altri sistemi, portandosi persino oltre la *summa divisio* dei modelli che, rispettivamente, si richiamano a quello statunitense ed all'altro europeo continentale e che, perciò, almeno sotto alcuni aspetti, prescindono sia dalle modalità di accesso e di svolgimento del processo costituzionale sia dalla portata degli effetti degli atti che lo definiscono.

È interessante notare come, al di là del generale riconoscimento di cui si ha riscontro attorno alla esistenza dei tratti in parola (e, specialmente del secondo, dal quale il primo linearmente discende), non si sia mai chiarito come, a conti fatti, possano mettersi a fuoco le due “anime” suddette che – esattamente come l'anima per i credenti ospitata dal corpo – appaiono essere invisibili, inafferrabili o – se più piace diversamente dire – non “misurabili”, tanto secondo modello (e, dunque, al piano teorico-astratto) quanto (e soprattutto) secondo esperienza.

Si danno, tuttavia, alcuni indici esteriori sufficientemente attendibili al riguardo, sol che si pensi che, perlomeno in alcune vicende processuali, l'una delle due “anime” (e, segnatamente, quella politica) è venuta ad emergere e ad affermarsi in modo vistoso e persino prepotente a discapito dell'altra. Nei casi-limite, insomma, non è invero disagevole stabilire come stanno davvero le cose.

Se, poi, volessimo dare – come a me parrebbe giusto – rilievo anche al dato statistico, con ogni verosimiglianza si potrebbe concludere nel senso che il più delle volte, e sia pure con vario dosaggio, si abbia conferma della compresenza di entrambe le anime; altre, invece, la Corte appare essere come Giano bifronte, con un volto in chiaroscuro (proprio perché segnato da entrambe le componenti) ed uno invece per intero pervaso dalla componente politica.

Ora, la circostanza che va messa in evidenza, peraltro ampiamente rilevata con varietà di accenti ed argomenti da una nutrita schiera di studiosi¹⁴, è che, specie nelle più recenti esperienze della

¹³ Mi piace qui fare richiamo di una fortunata, nota espressione con cui è sì è inteso raffigurare la natura anfibologica della Corte, invalsa specie dopo gli scritti del mio compianto Maestro, T. MARTINES, tra i quali l'ormai “classico” *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, spec. 206 ss., che discorreva al riguardo di una “forza politica” della quale la Corte, unitamente al Presidente della Repubblica e ad altri operatori ancora, disponeva, tenendo nondimeno a precisare che essa andava distinta dall'“indirizzo politico”, nella sua ristretta e propria accezione, di esclusiva spettanza degli organi – Parlamento e Governo – a ciò esclusivamente abilitati dalla Carta costituzionale.

¹⁴ 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. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017; G. BISOGNI, *La ‘politicità’ del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giuristico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte*

giustizia costituzionale sempre più frequente appare essere la dominanza dell'anima politica sulla giurisdizionale. E lo dimostra proprio il primo dei dati sopra indicati, che vede il processo costituzionale distanziarsi sempre di più non soltanto dai restanti tipi di processo ma persino – qui è il punto – da... *se stesso*, per come risulta dalle pur scarse previsioni normative che ne danno i lineamenti e per come è venuto svolgendosi nell'esperienza, fino a rendersi irricognoscibile e – a dirla tutta –, forse, persino non più etichettabile col nome con cui è stato fino ad oggi chiamato.

In realtà, se ci si pensa, il sintagma “processo costituzionale” è stato da sempre avvolto da una nebbia teorica non rimossa, attratto com'è stato (e com'è) dai due corni opposti, rispettivamente riportabili al sostantivo ed all'aggettivo che lo compongono: l'uno, infatti, sollecita una qualche assimilazione alle altre esperienze processuali dalle risalenti ascendenze e pur nelle sostanziali modifiche cui sono andate col tempo soggette; l'altro, invece, spinge vigorosamente per l'allontanamento da esse e, dunque, per la complessiva tipizzazione.

Non è solo – com'è chiaro – la diversità del parametro a sollecitare quest'esito, qui costituito dalla Costituzione e da fonti costituzionali in genere¹⁵; lo è anche (e in non diversa misura) l'oggetto, specie laddove – e qui il riferimento va specificamente fatto ai giudizi sulle leggi – sia costituito non già da un atto o, in genere, un comportamento umano bensì da una fonte dotata di efficacia generale, potenzialmente idonea a riguardare l'intera collettività¹⁶.

Di qui, subito alcune conseguenze di grande momento per ciò che attiene alla dinamica processuale. Per fare solo un esempio su cui la riflessione di C. – come si è sopra segnalato – si è specificamente appuntata, la fisionomia assunta dal contraddittorio nella giurisprudenza maturata fino alla recente riforma delle N.I. non può dirsi a pieno soddisfacente (ed anzi – come si sa – è stata fatta oggetto di insistiti e penetranti rilievi critici di vario segno). Non lo era, palesemente, la netta chiusura inizialmente stabilita e protrattasi per molti anni ma non lo è neppure la cauta apertura successivamente avutasi e riportabile ad una formula gravata da una non rimossa ambiguità concettuale¹⁷ che, al tirar delle somme, come hanno egregiamente dimostrato studi recenti, non ha portato – perlomeno a tutt'oggi – frutti particolarmente succosi ed apprezzabili¹⁸.

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. (nei riguardi del cui pensiero, criticamente, v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., e, pure *ivi*, E. CHELL, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, 777 ss.); M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in AA.VV. *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, a cura di D. Chinni, Editoria AA.VV. le Scientifica, Napoli 2019, 77 ss.; R. DI MARIA, [Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti \(fondamentali\) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”](#). [The final cut](#), in questa [Rivista](#), 1/2020, 1 ss. 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.

¹⁵ ... e da altre fonti ancora comunque costituzionalmente richiamate e, per ciò stesso, “coperte”, protette in ordine alla loro osservanza nei riguardi di altri atti che sono comunque tenuti a mostrarsi con esse compatibili a pena della loro invalidità, secondo lo schema teorico ormai invalso, seppur internamente articolato, della c.d. “interposizione” normativa.

¹⁶ In realtà, alcune leggi – come si sa – concernono solo una cerchia ristretta di soggetti e, alle volte, persino uno solo; e, tuttavia, il fatto stesso che le misure adottate si rivestano della forma propria di tutte le leggi non toglie che esse perdano d’“interesse” per l'intera collettività. Così, ad es., in presenza di una norma che privilegi solo alcuni soggetti e persino uno solo, cui conceda un dato beneficio, ad esclusione di altri, come non ammettere che questi ultimi possano avere “interesse” a partecipare ad un giudizio in cui si discuta della costituzionalità della prima?

¹⁷ ... secondo cui la partecipazione al giudizio è consentita anche a coloro che siano “titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio” (l'espressione è trascritta dal nuovo art. 4 N.I. che – come si sa – ha fatto luogo ad una sostanziale “razionalizzazione” di una indicazione già radicata nella pratica giurisprudenziale degli ultimi anni). Una “dilatazione ragionevole della nozione di interesse qualificato” è stata sollecitata, in occasione del 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, da P. COSTANZO, [Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana](#), in questa [Rivista](#), 1/2019, 122.

¹⁸ Istruttivi, al riguardo, i dati riferiti da A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in [Riv. AIC](#), 2/2020, 1 giugno 2020, 433, e R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via*

Sia chiaro. Trovare una soluzione pienamente appagante è, con ogni probabilità, impossibile, così come lo è la quadratura del cerchio, quanto meno con specifico riguardo ai giudizi sulle leggi in via incidentale¹⁹. Per un verso, infatti, il modo prescelto per la sottoposizione delle questioni di costituzionalità alla Corte parrebbe portare diritto alla chiusura del contraddittorio alle sole parti del giudizio *a quo* o, tutt'al più, ad altre comunque da questo direttamente toccate. Per un altro verso, però, la circostanza per cui oggetto del sindacato è un atto avente efficacia (potenzialmente) generale e parametro la legge fondamentale della Repubblica, come tale riguardante ciascuno di noi quale membro della comunità statale, dovrebbe portare alla generalizzata apertura del giudizio, senza alcuna aprioristica preclusione.

Il punto è, però, che – al di là di come si riesca ad ottenere una sintesi complessivamente appagante di siffatte esigenze, fissandole in un punto mediano e conciliante – l'“apertura alla società civile”, come la stessa Corte l'ha qualificata²⁰ riferendosi alle novità introdotte con la riforma delle N.I., non può prendere forma in modo da portare ad un indebito, incontrollabile innalzamento del tasso di “politicità” del giudizio o anche solo – si faccia caso – di esporre la Corte alla censura di aver ricercato al di fuori della cerchia dei soggetti in modo immediato e diretto riguardati dal giudizio, in applicazione della “logica” stringente della incidentalità, una “sponda” o una fonte da cui rilegittimarsi e dare così maggiore puntello al proprio verdetto. Di contro, il rischio al quale si può, in non poche circostanze, andare incontro è quello della eterogenesi del fine, vale a dire dell'indebolimento del verdetto stesso, minato sin dalle fondamenta dalla critica – seppur alle volte strumentale – della ricerca del consenso da parte della pubblica opinione, anziché del perseguimento della “verità” costituzionale o del ristabilimento della legalità costituzionale, nella sua rigorosa e ristretta accezione.

Disponiamo di alcuni indici eloquenti, tanto dentro quanto fuori il processo, che avvalorano questo timore.

Si pensi, ad es., con riguardo ai secondi, alle visite alle carceri e nelle scuole che possono invero ingenerare l'impressione che la Corte operi a mo' di un operatore politico che punti a rafforzare la propria immagine di servitore della collettività²¹. Trattandosi di esperienze che, già a prima vista, nulla hanno specificamente a che fare con l'attività di giudizio, possono dunque indurre la pubblica

incidentale, cap. II degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, § 10. Quanto all'intervento del terzo nei giudizi in via principale, riferimenti, ora, in E. ROSSI, *L'intervento di terzi nel giudizio in via principale dopo la modifica delle norme integrative*, in *Riv. AIC*, 3/2020, 3 agosto 2020, 406 ss.

¹⁹ Solo in parte diversa, al tirar delle somme, la conclusione con riferimento ai giudizi in via principale. È vero, infatti, che fa qui difetto la incidentalità e che il ricorso ha luogo per via diretta da parte degli enti a ciò abilitati, ma è altresì vero che si tratta pur sempre di un diritto di azione riconosciuto esclusivamente ad alcuni enti, “parti” di una controversia. In altri luoghi si è, nondimeno, argomentata la tesi secondo cui, proprio a motivo del carattere generale degli atti impugnati, ugualmente sarebbe da ammettere la partecipazione al giudizio anche di enti diversi dal ricorrente che dimostrino di essere in modo *diretto* ed *immediato* da quest'ultimo riguardati. Così, ad es., in caso d'impugnazione di legge statale, potrebbe prefigurarsi l'intervento di Regioni diverse da quella ricorrente che versino nella identica situazione di questa, malgrado non si siano avvalse della facoltà di ricorso entro i termini allo scopo previsti (rilievo, quest'ultimo, da molti opposto avverso l'allargamento del contraddittorio); più complicata, invece, la questione in caso d'impugnazione di legge regionale, ma non se ne può dire di più in questa sede e deve pertanto farsi rinvio a luoghi a ciò specificamente dedicati (ragguagli, se si vuole, possono aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁶, Giappichelli, Torino 2019, 299 s.).

²⁰ Di già nel comunicato stampa dell'11 gennaio 2020 che dava notizia della nuova disciplina (sul punto, per tutti, ancora R. ROMBOLI, *op. et loc. ult. cit.*). Molto discusso l'uso che si fa, specie in talune circostanze e in taluni modi, dei comunicati [tra gli altri, v. gli interventi al *forum* su *I comunicati stampa della Corte costituzionale* ospitato dalla *Riv. Gruppo di Pisa*, 1/2020, 358 ss.].

²¹ Questo rilievo, unitamente ad altri, può vedersi nel mio *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020. Cfr., in tema, D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. soc.*, 2/2018, 255 ss., e A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Dir. soc.*, 4/2019, 735 ss., spec. 752 ss.

opinione a farsi un'idea deformata di ciò che è, e che dev'essere, un "giudice", sia pure del tutto peculiare qual è quello costituzionale.

D'altro canto, se, in occasione della trattazione di questioni riguardanti il mondo della scuola o la triste realtà carceraria, la Corte dovesse avere necessità di acquisire ulteriori informazioni rispetto a quelle fornite dalle parti o di cui abbia conoscenza tramite i suoi componenti può sempre dar fondo ai poteri istruttori di cui dispone per provvedere allo scopo. Al di là delle buone intenzioni che stanno a base della iniziativa da ultimo richiamata, che ovviamente non si mettono minimamente in dubbio, resta – vistoso ed inquietante – il fatto in sé della oggettiva somiglianza delle sue manifestazioni con quelle che sono proprie dei comportamenti di operatori che nulla hanno a che fare con chi è (e fa) il giudice. Soppesando, insomma, vantaggi ed inconvenienti legati alla pratica in parola, temo che alla fin fine il piatto della bilancia possa pendere maggiormente dalla parte di questi ultimi. Mi pare tuttavia che nei dibattiti tra gli operatori politici come pure in seno alla pubblica opinione l'esperienza delle visite suddette non sia stata fatta oggetto di particolari critiche o di apprezzamenti: non se ne parla molto, dunque, senza ovviamente escludere che un domani le cose possano andare diversamente.

5. Cenni ad alcune esperienze processuali dalle quali il volto "politico" della Corte emerge con il maggior nitore (con particolare riferimento all'amicus curiae ed a talune novità di speciale significato registratesi sul fronte delle decisioni, segnatamente in occasione della definizione del caso Cappato e in merito alla c.d. "doppia pregiudizialità")

Venendo a dire dei dati offertici dalle più recenti e salienti esperienze processuali, credo che nessuna delle fasi in cui si articola il giudizio davanti alla Corte – e faccio, ancora una volta, specifico richiamo a quello sulle leggi in via incidentale, che resta pur sempre il modello primo di riferimento²² – sia rimasta indenne da corposi interventi per mano della Corte stessa, integrativi e correttivi del sistema dapprima invalso.

Non occorre indugiare su nessuno di essi a motivo della loro notorietà. Mi limito, dunque, solo ad elencarli, rilevando come tratto comune a tutti – al di là delle non poche differenze che ne danno la rispettiva connotazione – sia proprio quello di rendere eloquente testimonianza di quell'innalzamento del "tasso" di politicità e ulteriore scostamento dai modelli usuali di processo, di cui si viene dicendo.

Così, per un verso, si è assistito ad una vistosa relativizzazione e, in qualche caso, al vero e proprio abbandono della rilevanza e della incidentalità: vuoi per l'ingresso dato a questioni che oggettivamente non avrebbero potuto averlo²³, vuoi per l'anomalo slargamento fattosi dell'oggetto rispetto alla pur sibillina indicazione in tema di forza o valore di legge, di cui all'art. 134²⁴, e vuoi

²² Per un ripensamento complessivo del procedimento in via principale, v., da ultimo, C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bononia University Press, Bologna 2020.

²³ Emblematica la vicenda concernente le leggi elettorali, a riguardo della quale si è assistito – come si sa – ad un'autentica alluvione di commenti di vario segno, ma anche in altri ambiti materiali di esperienza non di rado (e non da ora) la disciplina dell'ingresso delle questioni di costituzionalità è venuta a trovarsi in una condizione di palese sofferenza [tra gli scritti di maggior respiro in cui si è fatto il punto sulla vessata questione, v. 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.; aggiornamenti nei contributi al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, a cura di G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, e specificamente in quelli di A.M. NICO, *L'accesso e l'incidentalità*, e di M. TROISI, *Incidentalità e giudici a quibus*, entrambi in *Riv. Gruppo di Pisa*, 1/2020, rispettivamente, 163 ss. e 180 ss.].

²⁴ Il caso forse maggiormente vistoso è quello definito da [Corte cost. n. 238 del 2014](#), con cui si è fatto luogo ad un innaturale "prolungamento" del dettato costituzionale, ammettendosi il sindacato oltre la cerchia degli atti, sì da investire anche norme non scritte: nella specie, addirittura una norma che... *non c'è*, non essendosi – a dire della Corte – prodotta

infine per la preclusione (o, diciamo meglio, la *pretesa* di preclusione) fatta allo stesso giudice remittente di disapplicare, alla ripresa del processo rimasto sospeso, una norma dichiarata costituzionalmente illegittima²⁵.

Per un altro verso, poi, la dinamica processuale appare oggi profondamente trasformata alla luce delle novità apportate alle N.I., specie per l'opportunità offerta a formazioni sociali che non perseguono fini di lucro ed a soggetti istituzionali "portatori di interessi collettivi e diffusi *attinenti* alla questione di costituzionalità"²⁶ di poter depositare un'opinione scritta, della quale è pesata col misurino dell'orafo la consistenza, obbligata a contenersi entro margini assai ristretti²⁷, senza tener conto del fatto che si danno questioni assai complesse per i quali gli stessi possono rivelarsi soffocanti²⁸. Un'opinione il cui destino è poi rimesso al *tandem* Presidente-giudice relatore o, forse, meglio, al primo²⁹, dal momento che il secondo è solo "sentito", per quanto sembra essere indubbio il peso sostanziale da assegnare alle indicazioni da questi date³⁰. Si prevede infatti che sia dato accesso alle sole opinioni idonee ad offrire "elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità"; ed è di tutta evidenza come il carattere concettualmente incerto di questa previsione spiani la via a soluzioni le più varie nella pratica giurisprudenziale, perlomeno fintantoché non si avrà una qualche stabilizzazione della formula ora trascritta nell'esperienza. Il punto è, però, che non è affatto detto che i decreti presidenziali sul punto dell'ammissibilità motivino in modo adeguato il rigetto, mentre l'accoglimento si apre poi a qualunque esito in sede di valutazione dell'opinione stessa da parte del collegio.

Ora, il punto critico della introduzione dell'*amicus curiae* – come è stato rilevato da un'autorevole dottrina – riguarda proprio l'apertura fatta, grazie all'ampiezza della previsione normativa, anche ai

la norma interna di adattamento della norma internazionale avente natura consuetudinaria. La qual cosa avrebbe potuto portare, con maggiore linearità, ad una dichiarazione di manifesta inammissibilità per inesistenza dell'oggetto, rilevabile dallo stesso giudice comune e da ogni altro operatore.

²⁵ [Sent. n. 10 del 2015](#), essa pure – come si sa – animatamente discussa e fatta oggetto di penetranti rilievi critici da non pochi commentatori.

²⁶ È ad oggi in attesa di chiarimenti il significato del termine ora evidenziato. Sulla innovazione dell'*amicus curiae*, tra gli altri e di recente, v. P. RIDOLA, "La Corte si apre all'ascolto della società civile", Editoriale a [Federalismi](#), 2/2020, 22 gennaio 2020; A. SPERTI, [Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative](#), in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), in questa [Rivista](#), 23 marzo 2020; i contributi ospitati dall'[Oss. fonti](#), 1/2020, di M.C. GRISOLIA, Editoriale dal titolo *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, 9 ss.; G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (ma non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, spec. § 4, e C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, spec. 198 ss.; le interviste rilasciate a R. Conti da V. ONIDA e V. ZAGREBELSKY su *La Corte costituzionale aperta alla società civile* che sono in [Giustizia insieme](#), 4 aprile 2020; S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile*, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri, in [Riv. AIC](#), 2/2020, 25 maggio 2020, 373 ss., spec. 395 ss., e, nella stessa [Rivista](#), M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, 30 maggio 2020, 402 ss.; A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, 1° giugno 2020, 426 ss., spec. 434 s.; L. SALVATO, *L'amicus curiae nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di cassazione*, in [Forum di Quad. cost.](#), 2/2020, 15 giugno 2020, 727 ss.; A. D'ATENA, [Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "amici curiae"](#), in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), in questa [Rivista](#), 23 marzo 2020 2 luglio 2020; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., spec. § 10; A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in [Oss. AIC](#), 2/2020, 7 aprile 2020, spec. 22 s.; S. LIETO, *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, spec. 75 ss.

²⁷ Non più di 25.000 caratteri, spazi inclusi (art. 4-ter).

²⁸ Non si dimentichi che alcune di esse, proprio per siffatto loro carattere, sono trattate per parti separate e definite in tempi e con atti diversi.

²⁹ ... la cui immagine risulta in tal modo vistosamente "sovraesposta" (così, tra gli altri, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., 411, e G.L. CONTI, *op. et loc. ult. cit.*).

³⁰ Complicazioni non da poco possono aversi per il caso, da ultimo evocato, di questione "complessa", demandata a più relatori, specificamente laddove l'opinione in parola non si appunti specificamente su una sola delle "parti" in cui la questione stessa si articola.

partiti e ad altri movimenti comunque a questi a vario titolo riferibili, con il rischio evidente che la Consulta possa essere strumentalizzata ed innaturalmente convertita in “tribuna, per proseguire, davanti ad essa, polemiche che dovrebbero trovare altrove il proprio spazio fisiologico”³¹. Ogni medaglia ha però il suo rovescio; e, per vero, la partecipazione delle forze politiche è congeniale ad alcuni giudizi (ad es., a quelli aventi ad oggetto le leggi elettorali), la esclusione dai quali potrebbe privare la Corte di elementi preziosi di conoscenza, per quanto il rischio paventato dalla dottrina appena richiamata resti in tutta la sua innegabile gravità.

D’altro canto, fissare un criterio di ordine formale-astratto che circoscriva in modo puntuale la partecipazione delle forze in parola unicamente ad alcuni giudizi (e non ad altri), oltre ad apparire discriminatorio, si presenta oggettivamente incerto e suscettibile di alimentare polemiche che invece non dovrebbero aversi a dar spazio *in partenza* ad ogni formazione sociale non avente fine di lucro – così come oggi si ha – salvo poi a chiudere *in arrivo* le porte all’utilizzo delle loro opinioni, sempre che si dimostri agevole mettere in atto uno sbarramento siffatto (e, invero, non sempre lo è).

Per un altro verso ancora, con riguardo al versante delle decisioni, il dato che maggiormente balza agli occhi è costituito dalle continue e viepiù incisive manipolazioni effettuate a carico non soltanto dei disposti normativi che le riguardano (a partire, ovviamente, da quello di cui all’art. 136 cost.) ma persino della conformazione avutasene per mano della stessa giurisprudenza che appare esibire una fantasia davvero senza limiti ed una capacità di rifacimento della struttura dei tipi (e sottotipi) di decisione via via sfornati, senza peraltro alcuna preclusione per la loro veste formale e gli effetti che di questa sono propri.

La punta più elevata ed esasperata di questa complessiva ed internamente articolata esperienza si è avuta – come si è già accennato – in occasione della trattazione della vessata questione su *Cappato*, definita dapprima con una ordinanza all’apparenza di mero rinvio della decisione ma, in realtà, tutta pervasa di inequivoche indicazioni sul merito e di poi con una sentenza che della prima ha in gran parte (e persino in modo fedele) trascritto le più rilevanti espressioni, facendo tra l’altro luogo ad un risoluto e disinvolto abbandono della “dottrina” delle “rime obbligate”, la prima volta dichiaratamente rispettate e la seconda appunto, in modo altrettanto palese, messe da canto³². Per vero, già in altre occasioni il canone in parola si è trovato sotto *stress* e fatto oggetto di oscillanti ed incerte applicazioni³³; mai però, come in *Cappato*, gli è stato riservato il trattamento suddetto. Non a caso, ancora da ultimo, una sensibile dottrina ha discusso di un passaggio dalle *rime obbligate* ai *versi sciolti*³⁴, nel mentre altra, autorevole dottrina, che ha giocato un ruolo di primo piano nella definizione

³¹ A. D’ATENA, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull’apertura agli “amici curiae”*, cit., 8, dove si fa altresì notare che la partecipazione al giudizio delle formazioni politiche nella veste di meri *amici curiae* mal si accorda con la mancata previsione dell’intervento delle minoranze parlamentari ai giudizi davanti alla Corte. Diciamo pure che, con la facoltà oggi concessa anche ai partiti di rappresentare il proprio punto di vista al giudice costituzionale, viene a realizzarsi un qualche surrogato dell’intervento vero e proprio (forte preoccupazione per la partecipazione sia dei partiti sia dei sindacati manifesta anche M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 411 ss.).

³² La inusuale tecnica decisoria inaugurata in *Cappato* è stata quindi nuovamente impiegata con la [ord. n. 132 del 2020](#) che ha quindi rimandato la definizione del caso ad una decisione prevista per giugno 2021 [su di essa, v. ora R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quad. cost.](#), 3/2020, 4 agosto 2020, 103 ss. e, se si vuole, il mio [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato \(nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020\)](#), in questa [Rivista](#), 2/2020, 399 s.

³³ Franchi ed impietosi i giudizi al riguardo manifestati da A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in [Riv. AIC](#), 4/2019, 26 novembre 2019, spec. al § 9, che discorre di “un uso probabilmente temerario del *judicial activism*”, e di R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., § 14, laddove si rileva che “in molte occasioni il riferimento alle ‘rime obbligate’ risultava palesemente una foglia di fico e frutto di una qualche ipocrisia”.

³⁴ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.

del caso *Cappato* giovandosi della sua qualità di componente la Corte costituzionale, ha discusso di un “progressivo commiato dal teorema delle ‘rime obbligate’”³⁵.

La illustrazione delle numerose “invenzioni” operate al piano delle tecniche decisorie richiederebbe una trattazione talmente estesa ed approfondita quale solo una sede particolarmente corposa, forse di respiro monografico, sarebbe in grado di offrire. Mi limito qui solo ad accennare ad un’esperienza, peraltro fatta oggetto – come si sa – di una nutrita schiera di commenti, che mi parrebbe essere assai indicativa di come possa non di rado farsi luogo a manipolazioni a un tempo coinvolgenti i canoni sul processo e norme costituzionali sostanziali, alle volte gli stessi principi fondamentali³⁶.

Mi riferisco alla soluzione escogitata con riguardo alla vessata questione della “doppia pregiudizialità” dalla discussa (e discutibile) [sent. n. 269 del 2017](#), seguita con non secondarie precisazioni da alcune note decisioni del 2019 (in specie, la [20](#) e la [63](#)).

Sappiamo tutti che la Corte aveva da tempo, in buona sostanza, riscritto l’art. 11 desumendone quella *Europaklausel* che fa in esso, *temporis ratione*, obiettivamente difetto³⁷ e che, a mia opinione, sarebbe urgente introdurre, magari rimandando quindi ad una essenziale disciplina legislativa di attuazione, se non altro al fine di evitare che l’assetto delle relazioni tra il nostro ordinamento e quello dell’Unione resti esclusivamente rimesso ad oscillanti orientamenti dei giudici (a partire, appunto, da quello costituzionale) ed a problematici equilibri tra le Corti e gli operatori istituzionali in genere, non di rado disagevoli da raggiungere e mantenere. Sappiamo anche che, in base all’assetto dei rapporti interordinamentali dato dalla [170 del 1984](#), a seguito di un sofferto processo di maturazione, l’art. 11 era stato caricato di un significato tale da derogare, in ordine alla risoluzione delle antinomie riguardanti norme (ieri comunitarie ed oggi eurounitarie) *self executing*, al disposto di cui all’art. 134 che – *secundum verba* – non ammette eccezione alcuna per ciò che attiene alla esclusiva competenza della Corte costituzionale ad accertare la validità della leggi³⁸. Veniva in tal modo a realizzarsi una anomala *rottura della Costituzione*: anomala per il fatto che usualmente – com’è noto – essa si ha in presenza di una *regola* della Carta che deroghi ad un *principio* (ad es., a quello di eguaglianza), mentre qui si aveva esattamente l’inverso.

Ora, dopo la [269](#), prende forma una singolare *deroga della... deroga*, che porta al ripristino del meccanismo del sindacato accentrato con riferimento ad antinomie coinvolgenti la Carta di Nizza-Strasburgo (e, in base alla 20, dietro cit., anche norme di diritto derivato alla Carta stessa *quodammodo* “connesse”³⁹), un ripristino peraltro solo parziale ed eventuale con riferimento alle stesse norme *self executing* della Carta suddetta (e delle altre fonti ad essa “connesse”), dal momento che il giudizio sulla loro validità e gli effetti degli atti in conclusione di esso emessi variano a seconda dell’ordine temporale di volta in volta dato alle due pregiudizialità. Per il caso, infatti, che il giudice

³⁵ F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., spec. 115.

³⁶ Che, peraltro, la Carta sia stata, in buona sostanza, riscritta in ogni sua parte e senza lasciare inesplorato pressoché alcun enunciato, anche (e in rilevante misura) ad opera della giurisprudenza, è un dato di comune acquisizione (indicazioni a riguardo delle più salienti modifiche tacite si sono, di recente, avute dai 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, e dai contributi in tema di *Mutamenti costituzionali* che sono in *Dir. cost.*, 1/2020, a cura di A. Mangia e R. Bin).

³⁷ ... e che invece si ha in altri ordinamenti [indicazioni in A. GUZZAROTTI, *Legalità senza legittimazione? Le “clausole europee” nelle Costituzioni degli Stati membri dell’U.E. e l’eccezione italiana*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2019, 12 novembre 2019].

³⁸ Singolare, peraltro, appariva l’esito teorico-ricostruttivo raggiunto, dal momento che l’accertamento in parola era – come si sa – per intero rimesso, quanto appunto alle antinomie coinvolgenti ogni specie di norma sovranazionale *self executing*, ai giudici comuni, negandosi tuttavia, allo stesso tempo, che le norme nazionali fossero da considerare invalide (malgrado la violazione indiretta operata a carico dell’art. 11) ed assumendo che esse fossero meramente “non applicabili”. In altri termini, come si è fatto più volte notare, si aveva, sì, un sindacato diffuso di costituzionalità ma il riscontro dell’antinomia in concreto non comportava una invalidità (in senso proprio) della norma interna.

³⁹ Resta, peraltro, ad oggi non chiarito in cosa propriamente consista la “connessione” in parola e, perciò, si distingue da altre specie di “connessione” di cui pure si ha riscontro nella giurisprudenza costituzionale (ad es., per ciò che concerne la insindacabilità dei parlamentari).

comune dovesse dare la precedenza a quella eurounitaria⁴⁰ e la Corte dell'Unione si dichiarasse nel senso della sussistenza dell'antinomia, il giudice non potrebbe sottrarsi all'obbligo sullo stesso categoricamente gravante di disapplicare immediatamente la norma interna, salva la eventuale opposizione dei "controlimiti" avverso la pronuncia del giudice dell'Unione⁴¹. Ugualmente – com'è chiaro – per il caso che dovesse aversi la simultanea presentazione delle due questioni pregiudiziali⁴² e la Corte lussemburghese dovesse sollecitamente pronunciarsi nel senso appena indicato. Infine, la disapplicazione potrebbe, ancora una volta, aversi per il caso che si dia la precedenza alla pregiudiziale costituzionale, che quest'ultima si concluda con una decisione di rigetto e che infine sia adita la Corte di giustizia dalla quale il giudice riceva indicazioni che avvalorino la sussistenza dell'antinomia.

Ora, i riflessi delle tecniche decisorie di volta in volta poste in essere sui diritti sono di non poco momento, senza che peraltro sia agevole stabilire in quale caso questi ultimi ne abbiano il maggior guadagno o, se si preferisce rovesciare la prospettiva, ne subiscano il maggior costo, a riprova di quella intersezione del piano processuale col piano del merito di cui poc'anzi si diceva. Ciò che, poi, al tirar delle somme, rievoca le antiche (e, però, mai sopite) dispute in ordine ai vantaggi ed agli svantaggi del sistema di sindacato accentrato rispetto a quello diffuso.

Così, per esemplificare al massimo, se, per un verso, assistendosi alla caducazione con effetti *erga omnes* della norma interna incompatibile con il diritto sovranazionale, la certezza del diritto parrebbe esserne maggiormente salvaguardata, per un altro verso, il meccanismo della immediata disapplicazione da parte del giudice comune assicura quella prontezza d'intervento che altrimenti verosimilmente non si avrebbe⁴³.

Il dato, sul quale ancora non molto tempo addietro si è ritenuto di dover richiamare l'attenzione⁴⁴, che tuttavia maggiormente preme mettere in evidenza è che, ove i giudici dovessero per la gran parte allinearsi alla sollecitazione venuta dalla Corte di dare la precedenza alla pregiudizialità costituzionale, se ne avrebbe un duplice inconveniente di cui è bene avere avvertenza. Da un canto, infatti, nessuna garanzia si ha che la questione, per la parte in cui si riferisce al parametro sovranazionale, sia correttamente impostata dal giudice comune e risolta dal giudice costituzionale, non potendosi scartare in partenza la eventualità del fraintendimento semantico in mancanza del sussidio venuto dalla Corte dell'Unione⁴⁵. Da un altro canto, poi, è pressoché sicuro che si assisterebbe ad un drastico calo dei rinvii pregiudiziali, quelli dovuti alla intraprendenza della Corte

⁴⁰ Ipotesi che la Corte a denti stretti ha dovuto riconoscere, pur lasciando chiaramente intendere di non gradirla.

⁴¹ Si è in altri luoghi prospettata al riguardo la soluzione di dar modo ugualmente al giudice, allo stesso tempo in cui mette da canto la norma interna per far posto a quella eurounitaria, di poter presentare una questione di costituzionalità avente ad oggetto la prima al fine di spianare la via alla sua caducazione con effetti *erga omnes*: una soluzione che, nondimeno, comportando una palese deroga alla incidentalità, richiede – a me pare – il passaggio da una disciplina legislativa che vi acconsenta.

⁴² In tal senso si è infatti di recente orientata la Corte di Appello di Napoli al cui rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia ha dato sollecito seguito pronunciandosi tuttavia per la propria manifesta incompetenza, trattandosi di un caso in cui – a suo dire – non doveva farsi applicazione della normativa dell'Unione [sulla iniziativa adottata dal giudice partenopeo, può vedersi R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 19 giugno 2020, 1 ss.; P. GAMBATESA, *Sulla scelta di esperire simultaneamente la questione di legittimità costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2/2020, 11 agosto 2020, 150 ss.; B. SBORO, *Il primo "doppio rinvio" dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Brevi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Federalismi.it*, 25/2020, 9 settembre 2020, 241 ss., e, se si vuole, i miei *Sliding doors per la "doppia pregiudizialità" (traendo spunto da Corte App. Napoli, I Unità Sez. lav., 18 settembre 2019, in causa n. 2784 del 2018, XY c. Balga)*, in *Giustizia insieme*, 25 maggio 2020, nonché in *Dir. comp. Working paper*, 1/2020, 1 giugno 2020, e *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Riv. AIC*, 3/2020, 10 luglio 2020, spec. 141 ss.].

⁴³ Anche in considerazione di ciò si è altrove affacciata l'idea di istituire presso la Consulta una corsia preferenziale per la trattazione delle questioni di "costituzionalità-eurounitarietà".

⁴⁴ V., nuovamente, il mio scritto da ultimo cit.

⁴⁵ ... secondo quanto ha puntualmente confermato il rigetto della questione sollevata dalla Corte d'Appello di Napoli, dietro richiamata.

costituzionale risultando assai più contenuti per numero di quelli che invece potrebbero aversi da parte delle sedi in cui si amministra la giustizia comune, con tutto ciò che di tutta evidenza se ne avrebbe in ordine alla implementazione dei diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza-Strasburgo e, per ciò stesso, per l'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale alla cui complessiva maturazione la Carta stessa ha fin qui offerto un non secondario apporto che – come si è veduto – rischia di risultare ora fortemente ridimensionato⁴⁶.

Ad ogni buon conto, non giova ora tornare a discutere di questioni di cui si è ampiamente trattato in altri luoghi. Qui, si ha solo a cuore di mettere in rilievo come presso la Consulta si sfornino a getto continuo regole sempre nuove ovvero si aggiustino regole vecchie relative al processo, gravide di plurime e varie valenze al piano dei rapporti sia interordinamentali sia interistituzionali (segnatamente, sul versante delle relazioni tra i giudici, nonché di questi con il legislatore). Regole, dunque, in occasione della cui messa a punto la faccia “politica” della Corte-Giano emerge in tutto il suo nitore.

6. Il bisogno di tenere ad ogni modo distinta la Corte-“legislatore” dalla Corte-giudice, le migliori risorse di cui si dispone a presidio della “giurisdizionalità” dell’attività della Corte (con specifico riguardo alla sua “doppia coerenza” ed al “dialogo” con le altre Corti), l’inquietante quesito se, alla luce delle più recenti esperienze, sia ancora oggi possibile discorrere di un “processo” di una “giurisdizione” costituzionale

Dalle notazioni appena svolte, pur nella loro estrema sinteticità, si ha conferma – a me pare – come, sia pure per cause plurime e convergenti, il “tasso” di politicità dei giudizi si sia, in occasioni che vanno facendosi sempre più frequenti, vistosamente innalzato, in qualche caso – non temo di esagerare – in misura preoccupante. Sta di fatto, però, che stabilirne la “gradazione” appare essere cosa assai scivolosa e opinabile, non disponendosi di strumenti allo scopo sufficientemente sicuri. Si dà, nondimeno, un terreno sul quale il riscontro può aversi con buona approssimazione al vero, laddove cioè può stabilirsi se la “giurisdizionalità” della giustizia costituzionale resista al canto ammaliante di sirene politiche fortemente tentatrici; ed è quello della osservanza dei canoni che presiedono allo svolgimento del processo, non soltanto di quelli eteroposti, codificati da norme di legge, ma anche di quelli frutto di autonormazione della stessa Corte⁴⁷.

È di vitale rilievo tenere ad ogni modo distinto il ruolo della Corte-“legislatore”, così come ancora di recente manifestatosi con le innovazioni apportate alle N.I., da quello della Corte-giudice, per quanto la distanza tra siffatte qualità risulti poi relativizzata da quelli che pure sono, nei fatti, canoni sul processo di fattura giurisprudenziale, il cui catalogo va facendosi sempre più ricco e variegato, allo stesso tempo in cui alcuni canoni già sufficientemente consolidati nell’esperienza sono fatti

⁴⁶ D’altro canto, non si dimentichi che il meccanismo dell’applicazione diretta, *senza alcuna differenziazione in ordine alla fonte che ne ha l’attitudine o agli oggetti della disciplina dalla stessa regolati*, è stato inventato proprio al fine di assicurare l’ottimale affermazione del primato del diritto sovranazionale senza il quale l’Unione vedrebbe svilita la sua stessa ragion d’essere.

⁴⁷ La più avvertita dottrina ha non poco insistito, con dovizia di argomenti, su questo bisogno (per tutti, v., almeno, R. ROMBOLI, in più 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 *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’*, cit., 10 ss. V., inoltre, R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, 3/2019, 1897 ss.; M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2/2020, 305 ss. e S. LIETO, *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020).

oggetto di mai finito affinamento e di una loro complessiva messa a punto, secondo quanto avvalorano gli esempi sopra riportati (ed altri ancora che avrebbero potuto con profitto addursi).

Ora, la differenza tra la posizione di nuovi canoni e la trasgressione di quelli preesistenti secondo occasionali convenienze si può cogliere ed apprezzare solo in un modo: attraverso la stabilizzazione dei primi col tempo, esattamente così come si ha per la formazione delle norme consuetudinarie in genere che, fino a quando non pervengono alla loro acclarata maturazione, non risultano dotate del carattere della giuridicità e, perciò, della prescrittività.

Le consuetudini hanno bisogno – come si sa – di un diffuso riconoscimento idoneo a sostenerle ed a giustificarle, che provenga in primo luogo proprio da coloro che vi danno vita. Così è pure per il caso nostro: la Corte per prima deve dimostrare *factis* di non deviare dal solco dalla stessa tracciato e lungo il quale i flussi giurisprudenziali sono sollecitati a scorrere in modo lineare fino a pervenire alla meta ed a produrre gli effetti per essi tipicamente stabiliti.

Di qui, la conferma di una indicazione teorica della cui bontà sono da tempo convinto, vale a dire che la “giurisdizionalità” della Corte è preservata, quanto meno nella sua essenza, a condizione che sia fatta salva la “doppia coerenza” – come la si è altrove chiamata⁴⁸ –, *sincronica* e *diacronica* allo stesso tempo. Per il primo aspetto, si ha necessità di riscontrare la linearità degli svolgimenti dati alle premesse del discorso fissate in testa alle singole decisioni; per il secondo, è necessario preservare la fedeltà agli orientamenti già manifestati in relazione a casi che tornino col tempo a presentarsi con identità di connotati oggettivi, sì da comporsi gli orientamenti stessi in veri e propri “indirizzi”⁴⁹, come tali forieri di certezza del diritto: una certezza la cui salvaguardia, proprio con riguardo alle questioni trattate dalla Corte, appare di cruciale rilievo, essendo la Corte chiamata – come si sa – a dar voce alla Costituzione a mezzo di atti dall’art. 137, ult. c., sottratti ad alcuna possibile contestazione legale.

Ora, condizione necessaria, ancorché di per sé insufficiente, perché la “doppia coerenza” in parola si apprezzi nelle concrete espressioni della giustizia costituzionale è appunto data dalla osservanza dei canoni sul processo, per quanto alcuni di essi – a giudizio di accreditati studiosi (e, tra questi, come si è veduto, C.) – richiedano, per loro natura, di essere dotati della necessaria flessibilità, coesistente alla peculiare funzione di garanzia della Costituzione che è propria della Corte.

Qui è, dunque, il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente trattata. La discontinuità registratasi in alcune recenti esperienze della giustizia costituzionale⁵⁰ rispetto all’assetto dapprima consolidatosi è palese, innegabile, a mio avviso fortemente pregiudizievole per il pur precario equilibrio che nondimeno deve costantemente preservarsi tra le due “anime” che il corpo della Corte racchiude dentro di sé, a tutto discapito – come si è veduto – della “giurisdizionalità” dell’attività posta in essere dalla Consulta.

Ad ulteriore sottolineatura del rilievo, davvero vitale, posseduto dalla fedeltà ai canoni processuali è la circostanza per cui le pronunzie della Corte si sottraggono – come si è sopra rammentato – a qualsivoglia “impugnazione”⁵¹; ed allora il rischio che la Corte possa commutarsi in un autentico, seppur anomalo, “potere costituente permanente” – come lo si è altrove etichettato – è davvero

⁴⁸ ... nelle mie *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, spec. 23 s.

⁴⁹ ... dei quali si giustifica (e, anzi, impone) il mutamento unicamente col mutare stesso della “situazione normativa” quale oggetto del sindacato di costituzionalità e quale risulta, a mia opinione, composta da elementi fattuali e normativi che, mescolati assieme in modi sempre nuovi a seconda dei casi, ne danno la complessiva connotazione (su di che, di recente, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁶, cit., 101 ss.).

⁵⁰ ... e, segnatamente, quelle, sopra accennate, riguardanti il caso *Cappato* e la “doppia pregiudizialità”.

⁵¹ Sul peculiare significato che il lemma in parola acquista in relazione alle esperienze della giustizia costituzionale possono vedersi, se si vuole, i miei *Storia di un “falso”*. *L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, e *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 e J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

incombente, micidiale. L'ordinamento non resta, ad ogni buon conto, sguarnito di strumenti di tutela utili a contenere, se non pure a fugare del tutto, il rischio in parola, tra i quali una speciale considerazione è da assegnare, a mio modo di vedere, al c.d. "dialogo" tra le Corti, specificamente apprezzabile sul terreno sul quale maturano le vicende riguardanti i diritti fondamentali, i modi del loro riconoscimento ed appagamento.

Se n'è detto in altre occasioni e non è questo di certo il luogo adatto per riprendere questioni peraltro assai vessate. Mi limito, dunque, solo a rammentare che il terreno suddetto è proprio quello maggiormente indicativo, dal momento che i diritti fondamentali sono – come si sa – il cuore pulsante della Costituzione (quanto meno, nell'accezione di tradizioni liberali a noi familiare⁵²) e che il solo fatto che la Corte si trovi obbligata a confrontarsi con altre Corti esse pure *materialmente* costituzionali (o, per dir meglio, *tendenzialmente* costituzionali), dal momento che "tipicamente costituzionali" sono le Carte di cui esse sono garanti⁵³, è già di per sé una garanzia non da poco al fine della stabilizzazione degli indirizzi giurisprudenziali venuti a formazione per mano del giudice costituzionale⁵⁴.

Quest'esito, poi, vale altresì – com'è chiaro – per le Corti europee, esse pure chiamate a confrontarsi con i giudici costituzionali degli Stati, con la non secondaria differenza tuttavia che questi ultimi, a differenza delle prime, sono numerosi⁵⁵: non hanno, cioè, davanti a sé una sola Corte con la quale dover fare i conti.

Si torni a por mente, solo per un momento, al modo con cui prendono forma le c.d. "tradizioni costituzionali comuni" rese palesi dalla giurisprudenza eurounitaria, le quali – come si sa – si pongono quale il frutto di sintesi originali ed anche, non di rado, di drastiche selezioni operate in seno ai materiali normativi attinti dagli ordinamenti nazionali, tradizioni cui è stata offerta l'opportunità di lasciare un segno non effimero sul diritto sovranazionale vivente⁵⁶ e, di riflesso – si faccia caso –

⁵² Si discute – come pure è noto – a riguardo della possibilità di estendere il termine oltre la cerchia, pur vasta ed internamente articolata, che ricomprende modelli ed esperienze riportabili al costituzionalismo liberale (su ciò, v., almeno e per tutti, gli studi di A. SPADARO, a partire dal suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994).

⁵³ Si riprende qui nuovamente un'etichetta dalla Consulta applicata, nella sent. 269 sopra richiamata, alla Carta di Nizza-Strasburgo; non ho alcun dubbio, nondimeno, che essa possa considerarsi valevole altresì per la CEDU e, in genere, per ogni Carta dei diritti, a nulla rilevando la circostanza per cui esse sarebbero prive della forza "paracostituzionale" invece riconosciuta a beneficio della prima, tutte comunque ponendosi appunto quali documenti che danno il *riconoscimento*, nella sua propria e rigorosa accezione, dei diritti fondamentali (e, proprio per ciò, a mio avviso refrattari ad essere sistemati in applicazione di schemi teorici evocativi di una condizione di gerarchia del tutto inadeguata alla loro natura e funzione).

⁵⁴ Il "dialogo" intergiurisprudenziale è, peraltro, uno strumento multiuso, prestandosi anche alla mutua rigenerazione degli indirizzi in parola, tanto più credibile in quanto posta in essere non già in sovrana solitudine da parte di questa o quella Corte bensì quale il frutto di una acclarata e feconda convergenza degli orientamenti da tutte espressi.

⁵⁵ Così, in particolare, per ciò che concerne gli Stati aderenti alla CEDU, il cui numero è – come si sa – assai più consistente di quello degli Stati componenti l'Unione europea.

⁵⁶ Riferimenti ed indicazioni al riguardo in 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 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.; 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 *Riv. AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss., e ancora nei 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*, 2/2018, 347 ss.; G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in Federalismi.it,

sullo stesso diritto statale al cui interno le tradizioni stesse quindi tornano per il tramite degli atti eurounitari che vi danno seguito, sollecitando poi un ulteriore seguito da parte degli atti nazionali⁵⁷.

È, ovviamente, da mettere in conto che il c.d. “dialogo” tra le Corti possa concretarsi ora in convergenze ed ora in divergenze d’indirizzi e, talvolta, persino in scontri assai duri, secondo quanto è stato, ancora non molto tempo addietro, testimoniato da *Taricco*; come si è però in più occasioni rilevato, nel tempo lungo, le prime sono di certo ancora più consistenti per numero e rilevanti per qualità delle seconde (e dei terzi). Non a caso, d’altronde, i conflitti sono richiamati proprio perché fanno maggiormente “notizia”, mentre sui casi di allineamento o di percorsi paralleli delle giurisprudenze l’attenzione è meno portata ad appuntarsi, esattamente così come fanno i giornali che specificamente agli eventi traumatici e dolorosi danno maggior risalto rispetto a quelli fausti, a molti dei quali anzi non si fa spesso cenno alcuno.

Gli indirizzi di merito, maturati sui singoli campi materiali, non hanno – com’è chiaro – specifico rilievo per questo studio e la loro illustrazione deve pertanto restare demandata a sedi diverse da questa; è però parimenti chiaro che – come si è venuti dicendo – i profili di sostanza non possono essere tenuti separati con un colpo d’accetta da quelli squisitamente processuali. Non a caso, d’altronde, le innovazioni in campo processuale, di alcune delle quali si è sopra fatto richiamo, si sono avute proprio perché la Corte voleva dire certe cose nel merito delle questioni sollevate o, diciamo pure, dare riconoscimento a diritti indebitamente dimenticati dal legislatore. Come dire, insomma, che il fine giustifica il mezzo⁵⁸, per quanto il rischio assai grave è che, poi, si assista ad un’autentica eterogenesi del fine stesso, con pregiudizio per gli stessi diritti, dal momento che – in disparte il giudizio che si dia in relazione alle singole soluzioni di merito – il fatto stesso della innaturale conversione del giudice in legislatore (alle volte – come si è veduto – persino di “revisione” costituzionale) comporta il sacrificio di quel principio della separazione dei poteri che – come sappiamo – è una delle due gambe su cui si regge e può portarsi avanti, nel suo pur non lineare e sofferto cammino, l’idea di Costituzione, secondo la efficace sua definizione datane all’art. 16 della *Dichiarazione* del 1789: un principio, dunque, la cui venuta meno fatalmente ridonda in un *vulnus* irreparabile per gli stessi diritti.

Di tutto ciò, ancora una volta, *Cappato* rende emblematica testimonianza ma numerosi altri esempi potrebbero allo scopo essere con profitto adottati, avuto particolare riguardo ai campi in cui vengono ad emersione le vicende di biodiritto e, in genere, le vicende concernenti i c.d. “nuovi” diritti (formula pure questa che, per vero, meriterebbe una sua complessiva chiarificazione, di cui nondimeno è chiaramente altra la sede⁵⁹), e segnatamente quelli più da presso segnati dallo sviluppo scientifico e tecnologico.

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](#), 31/2018, 11 novembre 2019, 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.; V. RUBINO, *La tutela interordinamentale dei diritti fondamentali dopo la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale italiana: quali ricadute nello spazio economico e giuridico europeo?*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1-2/2019, 123 ss., spec. 134 ss.; F. DE STEFANO, *Diritto dell’Unione europea e tradizioni costituzionali nel dialogo tra le Corti (parte prima)*, in [Giustizia insieme](#), 26 maggio 2020.

⁵⁷ ... ora sotto forma dell’applicazione diretta ed ora sotto quella della loro specificazione-attuazione normativa e la sua successiva implementazione.

⁵⁸ Ma – come ha avvertito una sensibile dottrina – “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 Corti e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169).

⁵⁹ Ad oggi controversa è, come si sa, la questione riguardante la linea divisoria del campo attraversato dai diritti nominati dalla Carta rispetto a quello dei diritti innominati, dal momento che molti di questi ultimi sono poi, con non lievi forzature, riportati dentro l’area dei primi. La Corte è – in un certo senso, comprensibilmente – restia a riconoscere la esistenza di lacune costituzionali, specie appunto per ciò che concerne la parte sostantiva della Carta e ancora più specificamente i diritti fondamentali, per quanto questa opzione di fondo e – per dir così – metodica di strategia

Non è a caso, d'altronde, che, nell'intento di tenere i diritti fin dove possibile al riparo dalle insidie viepiù numerose ed aggressive cui sono soggetti, la Corte abbia appunto elaborato tecniche decisorie sofisticate, seppur col costo però – qui è il punto – di mettere sotto *stress* i canoni relativi al processo (e talora di metterli per intero da canto), con ciò stesso dismettendo i panni del giudice, seppur peculiare, ed indossando quelli del decisore politico, anzi del massimo decisore, abilitato – come si diceva – ad enunciare “verità” giuridicamente inconfutabili di diritto costituzionale.

La domanda finale che viene allora spontaneo porsi è se possiamo ancora oggi discutere di un “processo” e di una “giurisdizione”, in relazione alle esperienze venute a maturazione presso la Consulta.

La risposta – come qui pure si è tentato, in modo approssimativo, di mostrare – richiederebbe di essere articolata, distinguendo tipo da tipo di esperienza e caso da caso, esattamente così come, con lucida e non comune lungimiranza, intuito da C. nelle sue riflessioni in tema di giustizia costituzionale, specie in quelle (e sono, forse, proprio le più ricorrenti e qualitativamente pregevoli) che maggiormente risultano alimentate e sorrette da puntuali riferimenti comparatistici e da argomenti mai banali e scontati bensì acuti e stringenti, tra le quali mi piace qui, in conclusione, ancora una volta richiamare quelle in tema di contraddittorio, con la originale soluzione patrocinata di “tararlo” in ragione dei singoli tipi di giudizi e dei loro peculiari connotati.

La risposta, ad ogni buon conto, può seguitare (forse, con non velato ottimismo o, se si vuole, anche un ostentato candore...) ad essere affermativa se alle deviazioni fin qui registratesi e sopra richiamate si assegna carattere episodico, a mo' di eccezioni che confermano la regola; è, di contro, obbligata a presentarsi come negativa nel momento in cui si constata che le eccezioni, seppur inferiori per quantità rispetto alla regola, assumono rilievo tale per qualità da non consentire più di trattarne appunto in termini di regola-eccezione.

Lascio alla intelligenza di chi ha avuto la pazienza di arrivare fino in fondo nella lettura di queste succinte e scarse notazioni, che *toto corde* dedico alla memoria dell'illustre collega ed amico carissimo prematuramente scomparso, intendere il mio pensiero al riguardo che – confesso – ho una qualche remora psicologica ad esternare in tutta la sua crudezza.

processuale faccia correre rischi non lievi, dal momento che se, per un verso, alcuni diritti riescono ad avere un qualche ristoro pur in difetto del loro riconoscimento ad opera del legislatore, per un altro verso però essi esibiscono una strutturale instabilità e gracilità, dovuta al fatto stesso di essere dotati di esclusiva “copertura” giurisprudenziale, come tale soggetta a frammentarietà di espressioni e ad oscillazioni alle volte anche vistose. Il vero è che un'appropriata salvaguardia dei diritti può venire solo dall'opera svolta in *tandem* ed in spirito di autentica, “leale cooperazione” – come suole essere chiamata – di legislatore e giudici, assicurandosi nondimeno la naturale precedenza a quella posta in essere dal primo, che quindi dovrebbe rimettersi per i suoi opportuni ed adeguati svolgimenti a quella dei secondi, abilitati a muoversi entro spazi congrui in relazione alla varietà dei casi. Il modello vincente, infatti, come si è tentato di mostrare in altri luoghi, è quello che risulta da discipline legislative sufficientemente duttili ed aperte, in buona sostanza *per principia*, alle quali poi si saldi la produzione delle *regole* per mano dei giudici in ragione dei peculiari connotati di ciascun caso visto nella sua oggettiva consistenza, regole dunque confezionate su misura, esattamente come si ha per i vestiti fatti dalle mani di abili artigiani.

Antonio Ruggeri

Note minime in tema di revisioni costituzionali ad oggetto eccessivamente circoscritto (traendo spunto dal “taglio” dei parlamentari)*

ABSTRACT: *Taking its cue from the revision that led to the reduction in the number of parliamentarians, the document questions the possibility that the laws amending the Constitution are flawed because they are excessively precise and limited in scope, not concerning - as would be necessary - provisions related to those specifically innovated. The age-old question relating to the failure to reach the quorum for the validity of the referendum is therefore reconsidered, as a result of which the fate of changes, even of considerable importance, may depend on the will expressed by a small portion of the electoral body. Finally, it is noted that in today's circumstances an instrumental and conjunctural use has been made of the Constitution.*

SOMMARIO: 1. Può immaginarsi una legge di revisione costituzionale che risulti viziata per aver apportato alla Carta innovazioni eccessivamente puntuali e circoscritte *quoad obiectum*? – 2. L’annosa questione della mancata previsione del quorum per la validità della consultazione referendaria e l’inquietante quesito che ne consegue in ordine alle sorti della revisione dipendenti dalla volontà espressa, in occasione di talune prove referendarie, da una esigua (e persino irrisoria) porzione del corpo elettorale. – 3. Una succinta notazione finale, a riguardo dell’uso congiunturale nella circostanza odierna ancora una volta fattosi della Costituzione e della revisione costituzionale.

1. *Può immaginarsi una legge di revisione costituzionale che risulti viziata per aver apportato alla Carta innovazioni eccessivamente puntuali e circoscritte quoad obiectum?*

La revisione costituzionale che ha portato al c.d. “taglio” dei parlamentari, da ultimo avvalorata dal voto referendario, sollecita a fare oggetto di critico ripensamento alcune questioni teoriche ad oggi bisognose di un approfondimento non avutosi così come invece avrebbero meritato.

Dedico queste mie succinte notazioni ad un paio di esse.

La prima riguarda la estensione del campo coperto dalle innovazioni costituzionali. Come si sa, una nutrita schiera di studiosi si è da tempo dichiarata dell’idea che essa non possa essere eccessivamente ampia, essendo precluso alle innovazioni stesse di manifestarsi in forma di “riforme” organiche o, come che sia, a largo raggio fino a coinvolgere l’intera seconda parte della Carta, secondo quanto si è tentato senza successo di portare più volte ad effetto (da ultimo, come si sa, per iniziativa del Governo Renzi). Nessun dubbio, di contro, si ha a riguardo delle dimensioni opposte, che siano cioè troppo piccole, ad oggetto irragionevolmente circoscritto: anzi, quanto più piccole esse dovessero essere, tanto più – si dice – sarebbe salvaguardata la volontà degli elettori, una volta chiamati a pronunciarsi sull’atto di revisione voluto dalla maggioranza assoluta dei parlamentari. Mi chiedo però se una legge adottata con le procedure dell’art. 138 possa essere considerata affetta da invalidità per carenza di norme necessarie non soltanto in relazione all’oggetto da essa specificamente riguardato ma anche ad altri ad esso contigui, non innovando a disposti della Carta strutturalmente e funzionalmente connessi a quelli espressamente modificati e determinando di conseguenza un complessivo squilibrio del “sottosistema” di norme cui tutte appartengono.

È pronta l’obiezione che può subito farsi ad un ragionamento siffatto, vale a dire che nessuna preclusione si ha per altre revisioni costituzionali che dovessero anche a breve mettersi in cantiere; e non è, naturalmente, possibile desumere da una legge già varata una limitazione che il legislatore di revisione porrebbe a se stesso, impedendosi di proseguire nell’*iter* riformatore già avviato. Una obiezione che non fa una grinza ma che nulla toglie al fatto, in sé e per sé significativa, per cui la legge già approvata, priva delle *necessarie* e *simultanee* sue integrazioni ad opera di atti della sua stessa forma (e forza), appare essere produttiva di effetti oggettivamente distorsivi, facendo luogo ad un

* *Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 12, del Regolamento.*

complessivo squilibrio costituzionale di tutta evidenza. Ed è chiaro che, nessuna garanzia oggi avendosi a riguardo della sollecita entrata in vigore degli atti stessi prima che la legge che ha portato al “taglio” dei parlamentari produca materialmente effetti, questi ultimi per l’istante si hanno; ed è solo a questo che è al presente da assegnare giuridico rilievo. E, invero, nella circostanza odierna, il mancato completamento del processo riformatore porterebbe ad una situazione senza sbocco. Per un verso, infatti, non sarebbe possibile – com’è chiaro – ritardare gli effetti prodotti dalla nuova disciplina costituzionale o, come che sia, tornare sia pure provvisoriamente ed eccezionalmente all’antico (cosa che, in via meramente ipotetica, potrebbe aversi unicamente a mezzo di un nuovo atto provvisto della medesima forma e forza di quello già entrato in vigore; e non è detto che si abbia il tempo e la volontà di far luogo alla sua adozione). Per un altro verso, poi, la materiale applicazione della disciplina stessa sarebbe impossibile proprio a causa della mancanza delle norme necessarie per la sua implementazione. Insomma, uno scenario che a tinte più fosche di queste è francamente assai arduo da immaginare.

Così stando le cose, ci si chiede se possa prefigurarsi la caducazione della legge in discorso specificamente per l’aspetto del mancato, simultaneo aggiornamento di altri disposti costituzionali, quali quelli relativi alla partecipazione dei delegati regionali alla elezione del Capo dello Stato o al numero dei senatori di nomina presidenziale, rimasto quello di cinque, così come espressamente previsto dalla legge di revisione sul “taglio” che sul punto offre dunque un’interpretazione autentica di un disposto costituzionale in passato fatto oggetto di divergenti letture e di una discussa (e discutibile) applicazione in occasione della presidenza Pertini. Altro discorso è, poi, quello riguardante le novità da apportare alla disciplina elettorale ed ai regolamenti parlamentari, su cui hanno opportunamente richiamato l’attenzione numerosi studiosi con svolgimenti argomentativi di vario segno: una disciplina bisognosa di urgente adeguamento, che, seppur dotata di centrale rilievo per il complessivo equilibrio delle relazioni caratterizzanti la forma di governo e la stessa forma di Stato, non attiene comunque al dettato costituzionale al quale soltanto restano circoscritte le succinte notazioni che si vanno ora facendo.

Certo, tutto si tiene; e il rischio è che, ponendosi ogni disciplina positiva in un rapporto più o meno stretto con altre ad essa contigue o, come che sia, funzionalmente connesse, man mano che si mettono in evidenza i raccordi tra di esse esistenti e la loro attitudine a fare e ad incessantemente rinnovare il “sistema” si finisca, al tirar delle somme, con il ricadere nella sponda opposta di ritenere il più delle volte (se non sempre) necessario far luogo a quelle “riforme” organiche o a largo raggio avverso le quali si sono scagliati gli strali teorici di un’agguerrita dottrina: quasi che, insomma, sarebbe giocoforza far luogo *sempre (o quasi)* a modifiche della Carta coinvolgenti l’intera seconda parte (ma, allora, perché non pure la prima nei cui riguardi quella si pone in funzione servente?).

È pur vero, ad ogni buon conto, che la eventualità della caducazione di questa (al pari di ogni altra) legge di forma costituzionale appare essere alquanto remota o, diciamo pure, affetta da un palese e vistoso astrattismo, non foss’altro che per la naturale (e, da un certo punto di vista, comprensibile) remora alla quale va incontro la Consulta e che la porta a non contrapporsi alla volontà manifestata da un larghissimo schieramento di parlamentari ed ulteriormente avvalorata dalla volontà della maggioranza dei partecipanti alla consultazione elettorale. Non si trascuri, peraltro, la circostanza per cui dovrebbe immaginarsi una pronunzia della Corte additiva di principio che, nondimeno, lascerebbe il tempo che trova in attesa dei necessari ed urgenti suoi svolgimenti normativi per mano del legislatore al cui discrezionale apprezzamento è rimessa la scelta tra le possibili soluzioni al riguardo prospettabili per un congruo aggiornamento della Carta (a meno che – ma qui ci si addentra davvero nella “fantapolitica” costituzionale – non si formuli l’auspicio di un intervento manipolativo della Corte quale avutosi con la singolare tecnica inaugurata in *Cappato* e da ultimo riproposta con la [ord. n. 132 di quest’anno](#) che tuttavia – in disparte ogni riserva in via generale opponibile alla sua messa in atto – presenterebbe il tratto peculiare di riferirsi, nel caso nostro, ad una normativa di rango costituzionale fatta oggetto di riscrittura *iussu iudicis*).

2. *L'annosa questione della mancata previsione del quorum per la validità della consultazione referendaria e l'inquietante quesito che ne consegue in ordine alle sorti della revisione dipendenti dalla volontà espressa, in occasione di talune prove referendarie, da una esigua (e persino irrisoria) porzione del corpo elettorale*

La seconda notazione che affaccio in forma problematica, limitandomi a porre la questione senza impegnarmi in questa sede in merito alla sua possibile soluzione, attiene al numero dei partecipanti al voto.

Confesso di essermi prefigurato una partecipazione complessivamente inferiore a quella riscontratasi nella circostanza odierna che, tutto sommato, alla luce delle esperienze in precedenza maturate, può considerarsi soddisfacente. Sappiamo tutti quali sono state le ragioni che hanno indotto il Costituente a non prescrivere il *quorum* invece previsto per il referendum abrogativo. Sta di fatto che la produzione dell'effetto innovativo del dettato costituzionale si deve, a conti fatti, all'azione congiunta, in *progress* e in *tandem*, risultante dalla volontà della maggioranza assoluta dei componenti ciascuna Camera e dalla volontà della maggioranza dei voti validamente espressi dai partecipanti alla prova referendaria. Due volontà, dunque, equivalenti, comunque concorrenti all'esito della innovazione costituzionale, qualunque sia la consistenza posseduta dalla seconda che, nondimeno, presenta poi carattere risolutivo.

Ora, poiché il *quorum* nei referendum costituzionali non è previsto, se ne ha che la democrazia diretta, in una delle sue più salienti espressioni (e, anzi, proprio in quella di maggior rilievo), assume lo stesso peso specifico (e, forse, persino uno maggiore) della democrazia rappresentativa sulla quale pur sempre poggia e nella quale s'innesta in vista del conseguimento del comune obiettivo. Il punto è, però, che l'una verrebbe a prendere forma pur laddove si esprima attraverso la partecipazione al voto di uno sparuto manipolo di esponenti del corpo elettorale, diversamente dall'altra che richiede comunque il concorso di una cospicua rappresentanza dei parlamentari favorevoli alla innovazione costituzionale. Radicalizzando il discorso (e la relativa conclusione), la metà più uno dei componenti ciascuna Camera può "pesare" quanto una esigua percentuale degli elettori recatisi alle urne dietro sollecitazione dei promotori della consultazione referendaria. Siamo davvero sicuri che sia appropriato seguire ad adoperare il sintagma "democrazia diretta" in congiunture nelle quali l'esito del voto sia determinato da un numero poco rilevante di elettori?

Credo che su tutto ciò sia consigliabile, urgente, un supplemento di riflessione non ideologicamente preorientata.

3. *Una succinta notazione finale, a riguardo dell'uso congiunturale nella circostanza odierna ancora una volta fattosi della Costituzione e della revisione costituzionale*

Una succinta notazione finale che sottopongo – confesso – con una certa inquietudine ed anche un vero e proprio sconforto; ed attiene alla strumentalizzazione della modifica costituzionale, di cui si è avuto riscontro nei commenti diffusi di esponenti e notisti politici che ne hanno ricavato la conclusione per cui la modifica stessa giocherebbe nel senso di rinsaldare ulteriormente il Governo in carica. Non saprei dire (e, comunque, non tocca a me dire) se si tratti di una previsione azzeccata, come per vero io pure sarei portato a ritenere (ed espliciterò meglio a momenti), quanto meno per ciò che attiene al prossimo futuro. Sta di fatto che quella appena indicata si pone quale una testimonianza, particolarmente eloquente ed attendibile, di quell'*uso congiunturale della Costituzione*, anche nel suo porsi ad oggetto di innovazioni già perfezionate ovvero in cantiere, di cui vado discorrendo da tempo.

Si ha qui – come si vede – l'inversione dell'ordine giusto in cui stanno l'una rispetto all'altra la politica e la Costituzione: la prima, infatti, *si serve* della seconda anziché *servirla*, come invece

sempre dovrebbe, secondo la originaria e propria vocazione sia dell'una sia dell'altra. Il timore è allora che anche le ulteriori e – torno a dire – necessarie ed urgenti innovazioni della Carta, chiamate a saldarsi armonicamente a quella oggi adottata, siano viste da questa prospettiva deformante e foriera di guasti ad oggi non calcolabili in tutta la loro portata.

E infine. Di tutto abbiamo – a me pare – bisogno, nella sofferta congiuntura in atto, afflitta peraltro da emergenze di vario segno e gravità, a partire da quella sanitaria purtroppo ben lungi dal potersi considerare superata, fuorché dell'immediato scioglimento delle Camere pure strumentalmente vagheggiato da alcuni ambienti politici di opposizione.

A tacer d'altro e tornando all'inizio della riflessione ora fatta, proprio il carattere monco della revisione portata ad effetto osta all'adozione di una misura sì gravida di valenze, politiche ed istituzionali a un tempo, il cui costo il Paese non sarebbe verosimilmente in grado di pagare. Non è, dunque, solo un fatto di inopportunità della messa in atto della misura stessa; più ancora essa è, a mio modo di vedere, da considerare giuridicamente preclusa al Capo dello Stato, perlomeno fintantoché non si avrà il necessario completamento del processo riformatore avviato dalla legge sul "taglio". La qual cosa invero gioca a puntello della maggioranza e del Governo, al di là delle diverse indicazioni di voto provenienti dai ranghi della prima e da esponenti del secondo.

Roberto Romboli**L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano* ****

ABSTRACT: *After having illustrated the constitutional provisions and the civil protection code, the essay examines the emergency legislation approved to deal with Covid-19, in Italy. Therefore, the impact of the pandemic is highlighted both on the system of sources of law and on the form of government with the protagonism and centralization of powers in the executive and the difficulties for the regular functioning of the chambers. Other important points of the study concern the conduct of judgments before the Constitutional Court and the common judges during the emergency from Covid-19, as well as the impact of the pandemic on relations between the central state and territorial autonomies. Finally, a particular attention is pay to the impact of the pandemic on fundamental rights.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo: le disposizioni costituzionali ed il codice di protezione civile. – 3. La dichiarazione di emergenza nazionale e la normativa emergenziale per il Covid-19: i quattro decreti-legge “originari”. – 4. Il fondamento e la legittimazione della normativa emergenziale nella Costituzione o nelle ragioni di eccezione. Le proposte di revisione costituzionale. – 5. L'incidenza della pandemia sul sistema delle fonti del diritto: le due distinte “catene” normative. L'utilizzo del decreto-legge: la presenza di alcune anomalie rispetto al modello costituzionale ed alla prassi. I decreti-legge “di delega” ed il rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge. Lo strumento del decreto del presidente del consiglio dei ministri (d.p.c.m.). – 6. L'incidenza della pandemia sulla forma di governo: il protagonismo e l'accentramento dei poteri nell'esecutivo e la posizione defilata e silente del parlamento. Le difficoltà per un regolare funzionamento delle camere: le soluzioni sperimentate e le ipotesi di riforma. Le sedute e le votazioni per via telematica. – 7. L'incidenza della pandemia sui procedimenti giurisdizionali e le loro modalità di svolgimento. I decreti presidenziali per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l'emergenza da Covid-19. Le misure legislative relative ai procedimenti davanti ai giudici comuni: le camere di consiglio e le udienze telematiche. – 8. L'incidenza della pandemia sui rapporti tra stato centrale ed autonomie territoriali: la ripartizione della competenza in materia di sanità e di protezione civile ed il principio di leale collaborazione. Il potere di ordinanza dei presidenti delle giunte regionali e dei sindaci: alcune ordinanze “ribelli”. – 9. L'incidenza della pandemia sui diritti fondamentali: il principio di proporzionalità e ragionevolezza e l'attività di bilanciamento tra i diversi diritti costituzionalmente garantiti, la collocazione del diritto alla salute tra gli altri diritti. L'incidenza della scienza e della posizione dei comitati scientifici sulle scelte del legislatore. Sintesi dei problemi relativi ad alcuni diritti maggiormente coinvolti: la libertà di circolazione, il diritto alla salute, la libertà religiosa e di culto, il diritto all'istruzione e l'istruzione universitaria, il diritto di difesa, il diritto alla riservatezza, il diritto di voto, la condizione femminile, i diritti degli stranieri, i diritti dei detenuti.

1. Premessa.

La esposizione dei provvedimenti normativi adottati in Italia per fronteggiare l'emergenza sanitaria da Covid-19 e dei conseguenti problemi che si sono posti rispetto ai principi costituzionali, non si rileva affatto semplice per diverse concomitanti ragioni: la enorme quantità di atti normativi approvati in maniera alluvionale, di differente tipologia ed efficacia, che ha determinato una grande difficoltà nel riordino e l'armonizzazione; la incertezza delle situazioni di fatto che si andavano a regolare, in continuo mutamento e dipendenti dalle risultanze dei bollettini medici e dei comunicati del comitato tecnico scientifico; la quantità, pure essa quasi incredibile, dei commenti da parte della dottrina costituzionalistica, favorita forse anche dall'obbligo di stare in casa; la necessità, nel porre i problemi costituzionali emersi in questi mesi, di rapportarsi alla condizione di partenza, vale a dire lo

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del Regolamento.

** Lo scritto, col titolo “La incidencia de la pandemia del Coronavirus en el sistema constitucional italiano”, è destinato al volume “La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional”, a cura di M. Aragon Reys, J. Ramon Cossio e L. Felipe Nava, Città del Messico.

stato delle istituzioni ed il grado di tutela dei diritti. Per restare alla materia oggetto di questo scritto, è risultato di palmare evidenza come le conseguenze del virus siano state diverse a seconda che abbiano colpito persone perfettamente sane oppure affette da altre malattie, anche gravi. Lo stesso credo possa valere anche per la incidenza della pandemia su diritti e istituzioni previsti dalla Costituzione.

La destinazione del lavoro ad un lettore non italiano, consiglia di iniziare con una sintetica ricostruzione della normativa, partendo dal quadro costituzionale e legislativo entro il quale essa è andata ad inserirsi, per poi esporre, nella successione cronologica i passaggi più rilevanti.

Riguardo poi ai problemi costituzionali che tale disciplina ha posto, e continua a porre, lo scritto affronterà, nei limiti di spazio consentiti: a) il fondamento e la incidenza sul sistema delle fonti del diritto; b) la forma di governo, in particolare il rapporto tra parlamento e governo; c) il potere giudiziario ed i procedimenti a carattere giurisdizionale; d) la forma di stato, con riguardo alle relazioni tra stato centrale e autonomie territoriali; e) i diritti fondamentali maggiormente coinvolti.

2. Il quadro normativo: le disposizioni costituzionali ed il codice di protezione civile.

La Costituzione italiana non contiene, a differenza di altre esperienze a noi vicine, una disciplina espressa dello stato di emergenza o di eccezione e questa, come da molti ricordato, non fu una dimenticanza, dal momento che l'argomento fu espressamente affrontato in Assemblea costituente e scartato, ad evitare che potesse ripetersi quanto accaduto Costituzione di Weimar, il cui art. 48 favorì la svolta autoritaria. Tale disposizione riconosceva al presidente del Reich il potere di prendere "le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quanto essi siano turbati o minacciati in modo rilevante" e sospendere l'efficacia dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione.

Questo non significa che la Costituzione non abbia pensato alla possibilità che venga a crearsi una situazione di emergenza, ma si limita a farvi riferimento attraverso specifiche previsioni o singoli istituti.

In particolare è riconosciuta la possibilità di accertamenti e ispezioni nel proprio domicilio (definito espressamente come "inviolabile") regolati dalla legge "per motivi di sanità e di incolumità pubblica (art. 14.2), di limitare la libertà di circolazione "per motivi di sanità e di sicurezza" (art. 16.1), la libertà di riunione "per comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica" (art. 17.3), mentre la libertà di iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da "recare danno alla sicurezza" (art. 41.2).

Uno strumento espressamente previsto per le emergenze è poi il decreto-legge che il governo può, "in casi straordinari di necessità ed urgenza", approvare in luogo della legge parlamentare e senza alcun limite di materia. Il decreto, del quale il governo di assume la responsabilità politica, deve essere convertito in legge dal parlamento nel termine perentorio di sessanta giorni, altrimenti esso decade con effetti retroattivi (art. 77.2 e 3).

Una diversa situazione straordinaria che viene presa in considerazione dalla Costituzione è quella dello stato di guerra. Si stabilisce infatti che "le camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al governo i poteri necessari" art. 78). Anche in questo caso, del tutto eccezionale ("l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa agli altri popoli", art. 11), i poteri riconosciuti al governo sono quindi solo quelli "necessari" e non "pieni ed assoluti".

Con riguardo alla vicenda Covid-19 una parte della dottrina¹ ha ritenuto possibile una lettura estensiva della disposizione costituzionale oltre il caso della guerra e quindi la possibilità di utilizzare

¹ Cfr. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Mucchi Editore, Modena, 2020, 53 ss.; F. TORRE, *Il carattere bidirezionale del principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da Coronavirus*, in [Diritti Regionali](#), 22 aprile 2020, n. 1/2020.

la medesima procedura anche per le misure contro la pandemia. La posizione assolutamente dominante è stata invece in senso contrario a tale possibilità, sottolineando come il riferimento ad una situazione di guerra può essere corretto se utilizzato in senso generico o giornalistico ad evidenziare la gravità del momento, mentre lo stesso risulta sicuramente improprio per un ragionamento giuridico formale, essendo assolutamente chiaro il significato della parola utilizzata dal Costituente e non suscettibile di una interpretazione estensiva.

Nella legislazione ordinaria da ricordare, per la incidenza sulla normativa in esame, la disciplina delle attività di protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, *Codice della protezione civile*).

Per quanto di interesse, essa distingue tre tipi di eventi emergenziali, a seconda che a) siano fronteggiabili mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) comportino l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni ed il ricorso a mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo; c) riguardino emergenze di livello nazionale che debbano essere affrontati con immediatezza e con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo (art. 7).

Nel caso *sub c*), il consiglio dei ministri delibera lo stato di emergenza di rilievo nazionale, di durata non superiore ai dodici mesi prorogabile per non più di ulteriori dodici mesi, fissandone la durata, determinando l'estensione territoriale ed autorizzando le ordinanze di protezione civile (art. 24). Queste ultime sono adottate "in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Ove esse rechino deroghe delle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate".

3. La dichiarazione di emergenza nazionale e la normativa emergenziale per il Covid-19: i quattro decreti-legge "originari".

Il fenomeno del Covid-19 appare in Italia alla fine del mese di gennaio allorché si riscontra il caso di due turisti cinesi che, sulla base dei sintomi manifestati, vengono ricoverati presso l'ospedale Spallanzani di Roma e riscontrati affetti dal virus.

Il primo provvedimento è una ordinanza del ministro della salute del 30 gennaio che, con validità 90 giorni, ha sospeso i voli da e per la Cina, altre misure sono state prese per agevolare il rientro di italiani dalla Cina.

Il giorno successivo il Consiglio dei ministri ha dichiarato lo stato di emergenza, ai sensi del ricordato art. 7.1, lett. c), d.lgs. 1/2018. La delibera del Consiglio dei ministri ricorda la dichiarazione di emergenza internazionale della organizzazione mondiale della sanità (OMS) per il coronavirus e la necessità di provvedere tempestivamente a porre in essere tutte le iniziative di carattere straordinario per combattere la diffusione, visto che la situazione di emergenza non è fronteggiabile con mezzi ordinari. Lo stato di emergenza è dichiarato per sei mesi, con i poteri riconosciuti dall'art. 25 d.lgs. 1/2018 sopra richiamato.

A partire dalla seconda metà di febbraio si verificano i primi casi di infezione di cittadini italiani residenti in Lombardia, a partire dal caso del paese di Codogno e poi anche le grandi città di Milano, Bergamo e Brescia. Un altro focolaio è individuato nella regione Veneto, nella comunità di Vò Euganeo, dove si registra il primo caso di morte da Covid-19 che determina la creazione di una "zona rossa" e della quarantena dell'intera popolazione. In breve tempo l'espansione del contagio è tale che l'Italia è il primo paese in Europa a dover affrontare l'emergenza Covid e, a livello internazionale, viene indicata in alcuni casi come il luogo da cui è partito il virus.

La normativa si articola, come detto, in una pluralità di atti normativi primari: decreti-legge, poi convertiti in legge e secondari: decreti del presidente del Consiglio dei ministri (da adesso d.p.c.m.),

ordinanze ministeriali e della protezione civile; ordinanze delle regioni e dei sindaci di comuni, delle quali, *infra*, par. 8)

Tentando una sistematizzazione, occorre innanzi tutto distinguere i decreti-legge “originari”, sui quali si fondano le altre fonti “derivate”, rispetto ai molti altri decreti-legge approvati in questi mesi che, seppure sempre motivati dalla pandemia, hanno invece un contenuto specifico, pur se in alcuni casi di enorme importanza per il paese.

I decreti del primo tipo sono stati fino ad oggi quattro, mentre assai più elevato è il numero delle fonti “derivate” e di attuazione, tra le quali principalmente i d.p.c.m..

Il primo d.l. (23 febbraio 2020, n. 6, conv., con modif., nella l. 5 marzo 2020, n. 13), contiene misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19, facendo un elenco non tassativo di possibili misure (in tutto quindici), tra cui ad esempio il divieto di allontanamento dal comune o dall’area interessata o di accesso agli stessi; la sospensione di manifestazioni in luogo pubblico, dei servizi educativi per l’infanzia e per le scuole di ogni ordine e grado, dei servizi di apertura di musei, dei viaggi di istruzione, delle procedure di assunzione di personale; la previsione di quarantena per persone a rischio o risultate positive; la chiusura delle attività commerciali, escluse quelle di prima necessità e degli uffici pubblici; la sospensione delle attività lavorative per le imprese e gli enti pubblici, salvo eccezioni.

L’elenco è meramente indicativo in quanto è previsto che “le autorità competenti” sono tenute ad adottare “ogni misura di contenimento e gestione” richiedendo però che la stessa sia “adeguata e “proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica”.

E’ previsto che le suddette misure siano adottate attraverso d.p.c.m.: è questo pertanto il fondamento di questo strumento che assumerà un ruolo assolutamente centrale per la disciplina della emergenza sanitaria in Italia.

In attesa dell’adozione dei decreti e per casi di “estrema necessità ed urgenza” le misure suddette possono essere prese anche a livello locale.

L’ambito territoriale delle misure è limitato a determinati comuni ed aree (dove risulti positiva almeno una persona o un caso di contagio), mentre il mancato rispetto delle stesse è penalmente sanzionato.

Il secondo (d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv., con modif, nella l. 22 maggio 2020, n. 35) introduce modifiche importanti al primo, che possono essere così sintetizzate: a) il riferimento stavolta è a “specifiche parti del territorio nazionale”, ma anche alla “totalità di esso”; b) viene puntualizzato che le misure prese hanno una durata non superiore a trenta giorni, seppure reiterabili; c) viene eliminato il generico riferimento alle “autorità competenti” ed ai loro poteri; d) l’elenco delle misure diviene tassativo (e non più esemplificativo) e viene ampliato (i casi previsti passano infatti da 15 a 29); e) vengono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del precedente decreto-legge; f) le sanzioni penali sono trasformate in sanzioni amministrative, tranne per il caso della trasgressione all’obbligo di quarantena.

Le misure sono state predisposte principalmente attraverso d.p.c.m., quasi sempre presentati in conferenze stampa, o anche decreti del ministro della salute.

Ad inizio di marzo è stata creata, con d.p.c.m., un’unica area comprendente il territorio della Lombardia e di altre 14 province (5 dell’Emilia-Romagna, 5 del Piemonte, 3 del Veneto e 1 delle Marche), nella quale è stata prevista l’applicazione di misure rafforzate di contenimento dell’infezione alla luce dello sviluppo della epidemia.

Le misure hanno riguardato la restrizione degli spostamenti, la sospensione delle attività di ristorazione e dei bar, delle attività commerciali, medie e grandi strutture di vendita con prescrizioni per l’accesso ai supermercati, dei servizi educativi, dei musei ed istituti di cultura, del trasporto pubblico, delle attività produttive ed industriali, degli eventi e competizioni sportive, dei luoghi di culto, dei concorsi pubblici e privati, delle cerimonie, manifestazioni e spettacoli.

Per gli spostamenti in particolare è stato fatto divieto a tutte le persone fisiche di spostarsi o trasferirsi, obbligandole a rimanere in casa (“tutti a casa”), salvo che a) per comprovate esigenze

lavorative, b) assoluta urgenza; c) situazioni di necessità; d) motivi di salute. Ogni persona che intendeva uscire di casa è stata quindi invitata, pena sanzione amministrativa, a munirsi di un documento (curiosamente definito “autodichiarazione”, anziché “dichiarazione” o “autocertificazione”) dove, insieme alle generalità si doveva dichiarare di non essere sottoposto a misure di quarantena, di essere a conoscenza della normativa in materia, di seguire un determinato percorso (da via ... a via...) e di indicare quale dei quattro motivi sopra indicati ricorreva nella specie. Ampio dibattito, anche per le differenti soluzioni indicate a livello regionale o comunale, ha suscitato la possibilità di brevi spostamenti per svolgere attività motoria in prossimità della propria abitazione, in ragione della esatta individuazione della distanza percorribile ed il distanziamento da tenere rispetto ad eventuali compagni di passeggiata.

Con il terzo (d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv., con modif., nella l. 14 luglio 2020, n. 74), in considerazione del miglioramento della situazione sanitaria, viene stabilita la cessazione di tutte le misure limitative della circolazione nell’ambito del territorio regionale e, a partire dal 3 giugno, anche a livello nazionale. Viene riconosciuta, rispettando una serie di limiti di sicurezza tali da impedire assembramenti, la possibilità di riunioni, funzioni religiose, attività didattiche.

Il quarto (d.l. 30 luglio 2020, n. 83, conv., con modif., nella l. 25 settembre 2020, n. 124) ha provveduto a prorogare lo stato di emergenza per ulteriori due mesi e mezzo (dal 31 luglio al 15 settembre). Questa misura è stata giustificata nella considerazione che la curva dei contagi in Italia, pur ridotta rispetto ai mesi precedenti, dimostra che persiste una diffusione del virus che provoca focolai anche di dimensioni rilevanti, e che sussistono pertanto le condizioni oggettive per il mantenimento delle disposizioni emergenziali e urgenti dirette a contenere la diffusione del virus.

4. Il fondamento e la legittimazione della normativa emergenziale nella Costituzione o nelle ragioni di eccezione. Le proposte di revisione costituzionale.

Data l’assenza di una specifica disciplina costituzionale dell’emergenza, un primo problema che si è posto è stato quello di individuare il fondamento della disciplina emergenziale sopra sommariamente ricordata: se essa trovi la sua legittimazione nella Costituzione e nei suoi principi oppure se vada ricercata altrove.

In proposito, Zagrebelsky² ha distinto tra una situazione di “emergenza” ed una di “eccezione”, sottolineando come la prima abbia carattere conservativo e vi si ricorra per tornare quanto prima alla normalità attraverso poteri riconosciuti dalla Costituzione e calibrati sulla necessità, mentre la seconda ha carattere innovativo, tende ad infrangere la regola ed imporre un nuovo ordine, attraverso il riconoscimento di poteri indeterminati, liberi nei fini e nei mezzi e quindi compatibili con i pieni poteri. Quella che stiamo attraversando sarebbe quindi una situazione del primo tipo e non, come rileva Silvestri, uno stato di eccezione schmittiano che presuppone uno spazio vuoto e deregolato, inimmaginabile in uno stato democratico e repubblicano.

Nella dottrina si sono manifestati due contrapposti orientamenti, secondo il primo dei quali il fondamento della legislazione di emergenza starebbe fuori dalla Costituzione nella quale non troverebbe un convincente orientamento, mentre la “grande norma” legittimante sarebbe da individuare nella necessità emergenziale³ e nei principi “*primum vivere*” e “*salus rei publicae*”⁴, che porrebbero l’esigenza di interventi derogatori e sospensivi anche delle disposizioni costituzionali⁵. È stato pure sostenuto, in maniera invero assai discutibile, che il forte e forse unico denominatore della

² G. ZAGREBELSKY, *La regola e l’eccezione*, in *la Repubblica* 29 luglio 2020.

³ V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell’emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in Dirittifondamentali.it, 23 marzo 2020, fasc. 1/2020.

⁴ U. RONGA, *Il governo nell’emergenza (permanente): sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in Nomos, n. 1-2020.

⁵ F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in Federalismi.it, 22 aprile 2020.

legislazione emergenziale è stato la paura, sapientemente orchestrata a partire dagli ospedali congestionati ed ai camion militari che trasportano le bare, la quale ha fatto accettare palesi violazioni costituzionali⁶.

Il secondo orientamento, nel quale mi riconosco, ha invece sostenuto che il fondamento può essere trovato nella Costituzione, la quale offre tutte le garanzie e gli strumenti per gestire la fase dell'emergenza, senza dover parlare di una sospensione dei diritti costituzionali. Il principio "*salus rei publicae*" è infatti ritenuto positivizzato in specifici principi costituzionali: quali quelli della unità ed indivisibilità della repubblica, del ripudio della guerra, della tutela della salute pubblica e della sicurezza, delle fonti emergenziali e dei principi supremi sottratti alla revisione costituzione artt. 5, 7, 10, 11, 32, 77, 87, 120, 139)⁷, nonché nel sistema delle fonti e dei controlli sulle stesse da questa delineato⁸.

La presidente della Corte costituzionale si è mostrata dello stesso avviso sostenendo, nella recente relazione sullo stato della giustizia costituzionale, che "anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta è la Carta costituzionale così com'è, con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità a offrire alle istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria a navigare 'per l'alto mare aperto' dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende".

La limitazione dei diritti fondamentali può quindi avvenire nel quadro dei principi costituzionali e con le garanzie da questi stabilite, per cui nel rispetto di alcuni requisiti, quali a) la temporaneità della legislazione, b) la sua proporzionalità e ragionevolezza rispetto ai fatti da regolare ed allo sviluppo della epidemia, c) il rispetto del principio della separazione dei poteri, specie nei rapporti tra governo e parlamento⁹.

La verifica della osservanza dei principi costituzionali trova un importante banco di prova nel rispetto, da parte della normativa emergenziale, del principio di legalità e delle riserve di legge fissate dalla Costituzione a garanzia dei diritti fondamentali. Cosa che vedremo esaminando in particolare l'utilizzo degli strumenti del decreto-legge e del d.p.c.m.

Prima di ciò mi pare opportuno ricordare le proposte, avanzate in sede politica e dottrina, di procedere ad una revisione costituzionale, sul presupposto ovviamente che la nostra Costituzione non contenga principi e regole tali da affrontare adeguatamente una situazione di emergenza.

Sul piano politico esponenti del partito "Italia viva" hanno proposto di introdurre in Costituzione lo "stato di emergenza nazionale", prevedendo una procedura straordinaria per l'adozione dei provvedimenti necessari. Lo stato di emergenza dovrebbe essere approvato con voto favorevole dei due terzi dei presenti di ciascuna camera ed è prevista la istituzione di una commissione parlamentare comune cui affidare la funzione legislativa.

La dottrina si è principalmente espressa in senso contrario alla necessità di una apposita modifica della Costituzione, a maggior ragione se mossa dalla specifica situazione del momento, mentre alcuni hanno parlato di una vera necessità di approvare una disciplina costituzionale dell'emergenza, in maniera tale da stabilire controlli, condizioni, limiti ed effetti della normativa emergenziale. In specifico è stata sostenuto che non dotarsi di una chiara disciplina costituzionale per i periodi di

⁶ F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in [Osservatorio costituzionale](#), 19 maggio 2020, fasc. 3/2020.

⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), 2020; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid-19*, in [Osservatorio costituzionale](#), 28 aprile 2020, fasc. 3/2020.

⁸ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in [Rivista AIC](#), 11 giugno 2020, 2/2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in [Rivista AIC](#), 11 giugno 2020, fasc. 2/2020.

⁹ A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in [Osservatorio costituzionale](#), in [Rivista AIC](#), 21 aprile 2020, fasc. 3/2020.

emergenza è un rischio che non possiamo e non dobbiamo correre ed è stata quindi indicata la necessità di puntare sul ruolo forte del Capo dello stato a difesa della democrazia parlamentare¹⁰).

5. *L'incidenza della pandemia sul sistema delle fonti del diritto: le due distinte "catene" normative. L'utilizzo del decreto-legge: la presenza di alcune anomalie rispetto al modello costituzionale ed alla prassi. I decreti-legge "di delega" ed il rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge. Lo strumento del decreto del presidente del consiglio dei ministri (d.p.c.m.).*

La normativa emergenziale si è sviluppata attraverso due distinte "catene" o "filieri", ordinate in maniera differente, seppure collegata, e con limiti diversi per l'autorità competente a pronunciare l'atto finale della catena¹¹. Non sempre questo elemento è stato opportunamente colto dai commentatori, con il risultato che parte della dottrina, nella ricostruzione della normativa, ha finito per confonderli o non tenerli adeguatamente separati.

La prima linea è quella che, partendo ovviamente dalla Costituzione, trova l'atto normativo primario nel d.lgs. 1/2018 che contiene il c.d. codice della protezione civile, attuato attraverso la ricordata delibera del consiglio dei ministri contenente la dichiarazione dello stato di emergenza. In questo caso che per l'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza, è previsto che si provveda attraverso ordinanze emanate dal Capo del dipartimento della protezione civile, in deroga ad ogni disposizione di legge e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

La seconda linea è quella che, sempre sulla base della Costituzione, vede l'atto normativo primario nel decreto-legge, ai sensi dell'art. 77 Cost., il quale, prescindendo totalmente dalla suddetta normativa relativa alla protezione civile, stabilisce che le misure di contenimento e gestione per evitare la diffusione del Covid 19, sono adottate "con uno o più decreti del presidente del consiglio dei ministri" ed eseguite dal prefetto avvalendosi delle forze di polizia e, ove occorra, delle forze armate. È prevista altresì la competenza di non meglio specificate "autorità competenti" ad adottare "ogni misura di contenimento adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica".

E' sulla base di questa seconda linea, che prescinde del tutto dalla prima, che è stata approvata la maggior parte della normativa emergenziale e senza dubbio quella che ha suscitato le maggiori discussioni nell'ambito della dottrina costituzionalista. Mi riferisco alla approvazione di una serie di decreti-legge e dei conseguenti d.p.c.m.

Per quanto riguarda i primi, Gaetano Silvestri¹² ha scritto che il decreto-legge è all'evidenza lo strumento normativo più idoneo, quasi naturale, per regolare una situazione di emergenza, stante la sua immediatezza fondata appunto sulle ragioni di necessità ed urgenza, ma che esso oggi ci appare troppo "lento".

La ragione di ciò non risiede però nel carattere dell'istituto per come era stato pensato dai Costituenti, bensì dalla sua attuazione che ha finito per snaturarne i caratteri basilari. Vediamo di farne in sintesi una brevissima ricostruzione.

Il modello costituzionale prevede che in casi straordinari di necessità e di urgenza la competenza legislativa possa essere esercitata eccezionalmente dal governo attraverso decreti-legge che entrano immediatamente in vigore e che debbono essere presentati alle camere il giorno stesso perché queste possano, nel termine perentorio di sessanta giorni, convertirlo in legge. La mancata conversione nel termine previsto determina la decadenza del decreto con effetto retroattivo: giuridicamente il decreto è come se non fosse mai esistito. Questo pertanto ha natura necessariamente provvisoria, in quanto è

¹⁰ A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in questa *Rivista*, 1/2020, 210 ss.

¹¹ M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità*, cit.; S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit.

¹² G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost* 16 giugno 2020.

destinato a vivere nel mondo del diritto solo sessanta giorni, successivamente o diviene legge (in caso di conversione) oppure decade.

La prassi repubblicana ha modificato alquanto il modello, facendo sì che venissero meno alcuni suoi elementi caratterizzanti.

Così per i presupposti di necessità ed urgenza, molto spesso assenti e in certi casi anche in maniera del tutto palese, senza che vi si ponesse rimedio. Si è così parlato di “alluvione di decreti-legge”, di “abuso” della decretazione d’urgenza, di “emergenza infinita”, ma nonostante l’esistenza di possibili controlli e controllori del rispetto di quanto stabilito dall’art. 77.2 Cost., nessuno di essi ha concretamente funzionato.

Non quello del Presidente della repubblica, che ha il compito di emanare il decreto, il quale si è limitato in certi casi a qualche lettera o richiamo informale, in quanto il decreto è approvato sotto la responsabilità politica del governo, che ne deve quindi rispondere di fronte al parlamento. Quest’ultimo potrebbe esercitare il controllo in sede di conversione, ma quasi sempre in quella sede hanno prevalso ragioni di ordine sostanziale (condivisione o meno del contenuto del decreto) su quelli di ordine formale (sussistenza delle condizioni di necessità ed urgenza).

La Corte costituzionale infine per diverso tempo ha ritenuto, di fatto, impossibile il controllo dei presupposti in ragione dei tempi richiesti per il giudizio costituzionale (proposto in via incidentale) superiori a quelli di vigenza massima del decreto. Per questo la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate perché il decreto era stato ormai convertito in legge, con effetti sananti oppure essendo decaduto per mancata conversione era venuto meno l’oggetto del giudizio. A partire dal 1995 la Corte ha ritenuto che convertire un decreto privo delle condizioni di necessità ed urgenza equivale ad un abuso del procedimento di conversione, non potendosi ammettere la conversione di un decreto incostituzionale per vizio dei presupposti costituzionali ed ha quindi aperto la possibilità di sindacare, sotto l’aspetto di tale vizio, la legge di conversione. La possibilità si è poi dimostrata più formale che reale, in quanto la Corte ha ritenuto che la semplice assenza dei presupposti di necessità ed urgenza non è tale da determinare la incostituzionalità della legge di conversione, essendo necessaria allo scopo una “evidente” mancanza. Ipotesi finora riscontrata solo due volte.

Anche il carattere di provvisorietà del decreto-legge è stato aggirato dalla prassi della c.d. reiterazione dei decreti-legge, secondo la quale il governo, al termine dei sessanta giorni, presentava un nuovo decreto-legge con il medesimo contenuto di quello decaduto e poi un terzo, un quarto e così via, fino ad arrivare, in un caso, a diciannove decreti. La catena dei decreti veniva infine saldata con la conversione in legge dell’ultimo decreto, ottenendo così il risultato pratico di una normativa in vigore per molti mesi ed in qualche caso per anni. L’intervento della Corte costituzionale in questo caso è stato più efficace in quanto, nel 1996, ha dichiarato incostituzionale una simile prassi, consentendo la reiterazione solo allorché il contenuto del decreto sia, almeno parzialmente, nuovo e diverso da quello del primo oppure se le condizioni di necessità ed urgenza siano nuove e sopravvenute rispetto a quelle poste a fondamento del primo decreto.

Anche il procedimento di conversione ha subito una trasformazione, in quanto lo stesso era stato previsto nel senso di porre il parlamento di fronte all’alternativa se convertire o no, nel secondo caso con l’effetto della decadenza del decreto. Nella prassi il decreto-legge è stato trasformato in una sorta di disegno di legge rinforzato, con la caratteristica di entrare immediatamente in vigore, ma soggetto ad emendamenti ed integrazioni nel corso dell’iter parlamentare. Di conseguenza pressoché tutti i decreti vengono convertiti con emendamenti, in alcuni casi tali da stravolgere completamente il contenuto originario del testo approvato dal consiglio dei ministri o da introdurre elementi del tutto estranei rispetto a quello (c.d. emendamenti intrusi).

Per questo che, con riguardo alla emergenza da Covid-19, in dottrina qualcuno ha parlato di due diversi tipi di decreto-legge: quello (“originale”) previsto dalla Costituzione e quello “derivato” dalla prassi repubblicana distorsiva del modello costituzionale. È stato sostenuto, a mio avviso assai discutibilmente, che nella sua impostazione originaria il decreto-legge potrebbe derogare alle norme costituzionali, pur se allo scopo di porre “deroghe sospensive” e non produttrici quindi di effetti stabili

e addirittura che simili deroghe potrebbero, seppur temporaneamente, andare contro anche ai principi fondamentali e supremi dell'ordinamento¹³.

Con riguardo alla decretazione d'urgenza utilizzata nell'ambito della disciplina emergenziale in esame, credo sia necessario distinguere due tipi di decreti: a) quelli che abbiamo chiamato "originari" che hanno quindi inciso sul sistema delle fonti e b) quelli che vanno invece a regolare aspetti particolari, in certi casi di grande o grandissima importanza per la vita del paese e connessi alla situazione emergenziale.

I primi sono stati essenzialmente tre (i citati d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, 25 marzo 2020, n. 19 e 16 maggio 2020, n. 33), cui si può aggiungere un quarto (il citato 30 luglio 2020, n. 83).

Molti sono quelli del secondo tipo e relativi a diversi campi e materie, così possiamo ricordare i decreti 2 marzo 2020, n. 9 (poi abrogato dalla l. 24 aprile 2020, n. 27), contenente misure urgenti per famiglie, lavoratori e imprese; 8 marzo 2020, n. 11 (poi abrogato dalla l. 24 aprile 2020, n. 27), sugli effetti dell'emergenza epidemiologica sullo svolgimento dell'attività giudiziaria; 9 marzo 2020, n. 14 (anch'esso poi abrogato dalla l. 24 aprile 2020, n. 27), per il potenziamento del servizio sanitario nazionale; 17 marzo 2020, n. 18, c.d. Cura Italia (conv., con modif., dalla l. 24 aprile 2020, n. 27), misure di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese; 8 aprile 2020, n. 22 (conv., con modif., nella l. 6 giugno 2020, n. 41), sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di stato; 8 aprile 2020, n. 23 (conv., con modif., nella l. 5 giugno 2020, n. 40), in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali; 20 aprile 2020, n. 26 (conv., con modif., nella l. 9 giugno 2020, n. 59), in materia di consultazioni elettorali; 30 aprile 2020, n. 28, per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, di ordinamento penitenziario, di giustizia civile, amministrativa e contabile; 10 maggio 2020 n. 29 (poi abrogato dalla l. 25 giugno 2020, n. 70), in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terrorismo e mafioso o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti; 19 maggio 2020, n. 34, c.d. Decreto Rilancio (conv., con modif., nella l. 17 luglio 2020, n. 77), in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché politiche sociali connesse all'emergenza.

Interessante riflettere sui decreti del primo tipo, allo scopo di valutare se ed in che limiti questi abbiano rispettato i principi costituzionali sulle condizioni legittimanti la decretazione d'urgenza.

Ritengo che certamente possiamo riscontare in proposito quanto meno alcune anomalie.

Potremmo, con tutte le molte ed evidenti differenze del caso, fare riferimento a quanto accadde in Italia nel periodo costituzionale provvisorio, dalla caduta del regime fascista alla fase repubblicana. Il potere legislativo non poteva essere esercitato, secondo quanto previsto dallo statuto albertino, dal parlamento in quanto una delle due camere (quella dei deputati, divenuta camera dei fasci e delle corporazioni) era stata sciolta, per cui l'unico strumento utilizzabile, data l'esistenza di un governo legittimo, era il decreto-legge, regolato dalla legge "fascistissima" del 1926. Fu attraverso questo strumento che infatti venne approvata la c.d. prima costituzione provvisoria del 1944 che stabilì il sistema delle fonti per quel periodo così particolare, riconoscendo il potere legislativo al governo stesso che lo avrebbe esercitato attraverso decreti legislativi (che niente avevano ovviamente a che vedere con la fonte che sarà poi prevista dalla Costituzione e che il governo potrà approvare sulla base di una legge delega del parlamento).

Strumenti, quello del decreto-legge e quello denominato decreto legislativo, che furono pertanto utilizzati in maniera non proprio ortodossa dal punto di vista delle regole istituzionali.

Venendo adesso alle suddette anomalie dei decreti-legge "originari", una prima può essere vista a proposito del carattere "straordinario" richiesto dall'art. 77.2 Cost, a proposito del quale è stato

¹³ F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali*, cit.

osservato come questo sia invece divenuto uno strumento ordinario, “un uso ordinario di uno strumento straordinario”¹⁴. Il secondo decreto-legge della serie in esame porta infatti la data del 25 marzo, vale a dire appena dopo un mese dal primo (23 febbraio) e dopo che il parlamento aveva mostrato di poter intervenire, avendo fatto per convertire in legge quest’ultimo (l. 5 marzo 2020, n. 13).

Una seconda anomalia è quella di un decreto-legge che contiene una sorta di delega ad altro strumento normativo (il d.p.c.m.) allo scopo di dar esecuzione a quanto stabilito dal decreto, Ciò in apparente contrasto con il carattere di immediatezza che dovrebbe caratterizzare la decretazione d’urgenza.

È stato rilevato come i d.p.c.m. non si limitano a contenere una normativa di dettaglio rispetto a norme di principio, ma addirittura demandano la loro attuazione ad atti amministrativi di autorità diverse, come il prefetto, sottolineando l’anomalia di un decreto-legge “di delega”¹⁵.

Anche sulla base di simili considerazioni è stato sostenuto che la funzione normativa dominante avrebbe dovuto essere svolta dal decreto-legge¹⁶, anche se non può essere trascurata la esigenza di doversi adattare ad una situazione in continuo movimento¹⁷.

Un aspetto ulteriore, che è stato oggetto di discussione¹⁸, è quello della eventuale violazione del divieto di reiterazione di cui abbiamo detto.

Se è certamente da condividere il giudizio negativo circa l’ipotesi di una reintroduzione, seppure in via eccezionale, della prassi della reiterazione¹⁹, con riguardo ai tre decreti di questa serie, credo si possa escludere il mancato rispetto delle condizioni fissate nel 1996 dalla Corte costituzionale per consentire la reitera di un decreto.

Se guardiamo infatti alla successione fra il primo (d.l. 6/2020) ed il secondo (d.l. 19/2020), si può notare innanzi tutto che il primo è già stato convertito, quindi il secondo non reitera certamente il contenuto del primo, ma al contrario viene approvato proprio allo scopo di apportarvi tutta una serie di modifiche, giustificate, come dirò tra un attimo, dalla necessità di rimediare, per quanto possibile, ad un decreto-legge palesemente incostituzionale. Quindi possiamo ritenere che il contenuto del secondo sia certamente diverso da quello del primo, per cui, sotto questo aspetto, assolve ad uno dei due criteri indicati dalla Corte costituzionale.

Nella successione fra il secondo ed il terzo (d.l. 33/2020) ancora più evidente è la finalità innovativa, in quanto espressione di una parziale riapertura ed inizio della c.d. fase 2.

Dal momento che i tre decreti della serie fissano i principi, ed in parte le regole, circa l’applicazione di misure limitative di diritti fondamentali, il problema principale che si pone è all’evidenza quello del rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge (di regola relative), previste dalla Costituzione a garanzia dei diritti fondamentali che vengono a subire una limitazione.

Certamente la riserva di legge può essere intesa non nel senso di legge formale e pertanto il decreto-legge può ritenersi senz’altro tale da far ritenere rispettato il dettato costituzionale, mentre per l’altra “filiera” la fonte primaria è da indicarsi, come detto, nel codice della protezione civile.

Mentre pare pacifico che il d.p.c.m. non possa disporre in difformità a quanto stabilito nel decreto-legge, il principio di legalità richiede che, pur residuando certamente un margine di discrezionalità nella scelta di certe misure, siano esattamente stabiliti i limiti e le condizioni.

¹⁴ L.A. MAZZAROLLI, “Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo “extra ordinem”, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli art. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d’altri, in Federalismi.it 23 marzo 2020

¹⁵ L.A. MAZZAROLLI, “Riserva di legge”, cit.

¹⁶ A. LUCARELLI, *Costituzione*, cit.

¹⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit.

¹⁸ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit.; A. PERTICI, *Gli effetti della pandemia sull’esercizio dei poteri pubblici nella latitanza dei partiti politici*, in *Ragion pratica*, 2020 (in corso di pubblicazione).

¹⁹ N. LUPO, *L’attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2/2020

Sotto questo aspetto non può non suscitare più di un dubbio il d.l. 6/2020, dal momento che esso riconosce la competenza a determinare le misure indicate (in maniera meramente esemplificativa, come mostra l'utilizzo della congiunzione "anche") nello stesso decreto, senza fissare alcun limite alle misure stesse, né di carattere temporale, né sostanziale (tranne il generico riferimento ad una "gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica").

Per questo è stata utilizzata da molti commentatori l'espressione di "foglia di fico"²⁰ o di "delega in bianco" in palese contrasto con quanto da tempo affermato dalla Corte costituzionale, la quale ha richiesto al legislatore che intende attribuire un simile potere di richiedere alcune condizioni tra le quali "la efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico" (sent. 26/1961).

Inoltre il medesimo decreto attribuisce, come ricordato, alle "autorità competenti" il potere di adottare "ogni" ed "ulteriore" misura di contenimento e gestione dell'emergenza, anche fuori dai casi espressamente indicati, riconosce "nelle more dell'adozione dei d.p.c.m." la possibilità di adottare ordinanze da parte degli organi delle regioni e dei comuni (su cui v., *infra*, par.8) "nei casi di estrema necessità ed urgenza" e fa salvi gli effetti delle ordinanze già adottate dal ministro della salute.

Il secondo decreto-legge (19/2020) è stato approvato dopo appena un mese dal primo con la chiara finalità di porre riparo ad alcuni dei più evidenti elementi di incostituzionalità.

Il decreto, innanzi tutto, a differenza del primo, richiama l'art. 16 Cost. (libertà di circolazione) a voler mostrare che il ricorso alla fonte primaria è fatto allo scopo di rispettare la riserva di legge in tema di diritti fondamentali.

Le misure che possono essere adottate ("secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità") sono stavolta indicate, come già ricordato, in maniera tassativa (non viene ripetuto l'avverbio "anche") e più specifica e soprattutto viene indicato un limite temporale di efficacia: periodi predeterminati di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili.

Scompare la parte relativa alle "autorità competenti" e nelle more dell'adozione dei d.p.c.m. le misure indicate possono essere prese sempre in casi di estrema necessità ed urgenza, ma solo dal ministro della salute, mentre le ordinanze regionali possono intervenire esclusivamente per introdurre misure più restrittive e solamente nell'ambito delle attività di loro competenza.

Molte perplessità ha suscitato invece la sanatoria operata nei confronti degli effetti prodotti e degli atti adottati sulla base dei d.p.c.m. e delle ordinanze emanati ai sensi del d.l. 6/2020, stante la incostituzionalità di quest'ultimo che ha travolto anche i provvedimenti che sullo stesso facevano fondamento. Provvedimenti quindi illegittimi che, come tali, giuridicamente non avrebbero potuto essere sanati, pur se non può sfuggire l'opportunità, dato il momento, della sanatoria. Nello stesso ordine di idee è stato ad esempio sostenuto che i decreti-legge di questo periodo non possono che essere convertiti in legge, essendo troppo gravi e quasi impensabili gli effetti della mancata conversione²¹.

Il terzo decreto (33/2020) si richiama pure esso all'art. 16 Cost. e contiene una sostanziale modifica delle misure indicate nel precedente decreto nel senso di un allentamento scadenzato delle stesse.

Il quarto decreto (83/2020) infine prevede una proroga dello stato di emergenza dal 31 luglio al 15 ottobre 2020, valutata in considerazione dello stato di diffusione del virus.

Mentre, come detto, la dichiarazione dello stato di emergenza, secondo quanto prescritto dal codice di protezione civile è stata adottata sulla base di una delibera del consiglio dei ministri, la sua proroga, in considerazione delle proteste avanzate dalle forze politiche di opposizione e dell'accusa di voler accentrare i poteri in capo al governo, è stata invece approvata con decreto-legge in modo da permettere la discussione parlamentare in sede di conversione dello stesso.

²⁰ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

²¹ L. MAZZAROLLI, "Riserva di legge", cit.

A seguito del primo decreto-legge sono quindi stati approvati una serie di d.p.c.m. contenenti norme di attuazione di quanto previsto nello stesso, con la previsione di misure limitative via via meglio puntualizzate nei loro contenuti e circa gli ambiti materiali coinvolti. I primi d.p.c.m. limitavano la loro applicazione ad un preciso ambito territoriale (dapprima dieci comuni della Lombardia ed uno del Veneto), che progressivamente è andato estendendosi fino poi a riguardare l'intero territorio nazionale.

Molte le critiche che si sono levate nella dottrina con riguardo all'utilizzo dello strumento del d.p.c.m., ritenuto non adeguatamente delimitato e quindi poco controllabile, in violazione del principio della separazione dei poteri. Uno stato di emergenza decretato con delibera del consiglio dei ministri, un decreto-legge approvato dallo stesso organo di vertice dell'esecutivo ed attuato attraverso decreti del presidente del consiglio dei ministri ed eseguiti da parte dei prefetti²².

Un aspetto di un certo rilievo è quello relativo al fondamento normativo dei d.p.c.m., per alcuni individuato nei decreti-legge "originari", per altri anche nelle ricordate norme del codice di protezione civile.

Nel secondo senso si è espresso ad esempio Luciani, il quale osserva come il presidente del consiglio dei ministri sia autorità nazionale di protezione civile e pertanto titolare delle politiche in materia e dotato dei poteri di ordinanza di cui all'art. 25 del codice di protezione civile, abilitata a derogare alle leggi vigenti, anche se non al decreto-legge in quanto fonte legittimante.

In realtà nessuno dei d.p.c.m. fa riferimento al suddetto codice, né alla dichiarazione di emergenza, che attribuiva il potere di ordinanza in deroga alle leggi vigenti al capo del dipartimento della protezione civile Angelo Borrelli e non quindi al presidente del consiglio dei ministri Giuseppe Conte.

Tutti i d.p.c.m. emanati dopo il d.l. 6/2020 infatti recano nella intestazione: "visto il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ed in particolare l'art. 3.1", secondo cui le misure restrittive sono adottate con decreti del presidente del consiglio dei ministri. A partire dal 25 marzo il riferimento viene sostituito con quello agli artt. 1 e 2.1 d.l. 19/2020.

Nessun riferimento quindi alla normativa del codice di protezione civile, per cui i d.p.c.m. risultano fondati esclusivamente sui decreti-legge come fonte atipica da questi individuata per dare attuazione alle misure contenute nei decreti stessi, con ampio margine di scelta discrezionale²³, un atto amministrativo, da alcuni ritenuto *extra ordinem*, ma come tale controllabile specialmente con riguardo al rispetto dei canoni di proporzionalità ed adeguatezza²⁴.

Per quanto detto, anche con riguardo al fondamento della normativa emergenziale, non può essere condiviso quanto sostenuto da Gaetano Azzariti²⁵, allorché afferma che la prassi seguita si pone in contrasto con la Costituzione, ma che gli atti adottati debbono ritenersi legittimi, in virtù di una supposta autoassunzione di potere *extra ordinem* il quale si legittimerebbe per via di necessità, rappresentata ovviamente dalla pandemia, in assenza della quale gli atti con cui il governo pone in essere una limitazione dei diritti fondamentali dovrebbero essere qualificati come atti eversivi della legalità costituzionale.

È stato infine sostenuto che la reiterazione dei d.p.c.m. equivale ad una indiretta violazione dell'art. 77 Cost., dal momento che integrerebbe nella sostanza una reiterazione del decreto-legge²⁶. In proposito non credo che sia possibile estendere il divieto di reiterazione riconosciuto per il decreto-legge ai d.p.c.m. attuativi. Questi ultimi infatti trovano, come detto, il loro fondamento nel decreto-legge e niente vieta che, permanendo la stessa situazione sanitaria, le misure possano essere prorogate. Questo elemento potrebbe forse svolgere una incidenza sulla valutazione della sussistenza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, ma non determinare una mascherata reiterazione del

²² F. TORRE, *Il carattere bidirezionale*, cit.

²³ N. LUPO, *L'attività parlamentare*, cit.

²⁴ A. LUCARELLI, *Costituzione*, cit.

²⁵ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in Costituzionalismo.it, n. 1/2020

²⁶ M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità*, cit.

decreto-legge, il quale, come è accaduto, potrebbe essere stato intanto convertito in legge, facendo quindi cadere qualsiasi ipotesi di reiterazione.

6. L'incidenza della pandemia sulla forma di governo: il protagonismo e l'accentramento dei poteri nell'esecutivo e la posizione defilata e silente del parlamento. Le difficoltà per un regolare funzionamento delle camere: le soluzioni sperimentate e le ipotesi di riforma. Le sedute e le votazioni per via telematica.

Un elemento sottolineato da parte di tutti i commentatori e fortemente criticato dalle forze politiche di opposizione, è la presenza costante e quasi invadente del governo e dei suoi organi rispetto alla posizione assolutamente defilata e quasi silente del parlamento.

Nell'ordinamento costituzionale italiano vale il principio del c.d. bicameralismo perfetto, vale a dire il riconoscimento delle stesse competenze e dei medesimi poteri alle due camere le quali agiscono in situazione di equiordinazione ed autonomia l'una dall'altra.

In ragione di ciò il procedimento "ordinario" di approvazione delle leggi richiede una doppia approvazione del medesimo testo da entrambe le assemblee, salvo la possibilità di poter ricorrere ad una procedura decentrata riconoscendo alle commissioni parlamentari il competenza ad approvare la legge (commissioni in sede deliberante) oppure i singoli articoli senza voto finale (commissione in sede redigente). Tale procedura non è possibile per alcune materie espressamente indicate dalla Costituzione (art. 72.4) e riservate alla procedura ordinaria (c.d. riserva di assemblea).

Gran parte delle regole procedurali delle camere non sono contenute nella Costituzione, bensì nei regolamenti parlamentari, del senato e della camera dei deputati, che ognuna delle due camere approva a maggioranza assoluta dei suoi componenti.

Per le deliberazioni delle camere è previsto che "le deliberazioni di ciascuna camera e del parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale" (art. 72.3).

Nell'interpretare il riferimento ai "presenti", i regolamenti di senato e camera, a proposito di come qualificare gli astenuti, avevano dato letture diverse, in un caso considerando gli stessi presenti e nell'altro assenti. La Corte costituzionale, investita della questione, ha ritenuto costituzionalmente legittime entrambe le letture, in ragione della autonomia delle camere (sent. 78/1984).

Il protagonismo del governo a scapito del parlamento e l'accentramento di poteri in capo al primo è stato da alcuni letto come un segno dei tempi ed in particolare del diffuso antiparlamentarismo. Ci si è infatti chiesti ironicamente²⁷: "che male c'è a sottrarre potere decisionale e di controllo ad un gruppo di parassitari membri della 'casta', comodamente assisi nelle loro poltrone e attenti soltanto alle loro prebende ed ai loro privilegi?".

A livello normativo il d.l. 19/2020 ha introdotto una nuova disposizione secondo la quale "il presidente del consiglio dei ministri o un ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto" (art. 2.5).

La posizione defilata del parlamento si è verificata anche per le difficoltà, nella situazione emergenziale, di potersi riunire e quindi di funzionare regolarmente. Tre soprattutto i problemi che si sono posti, ossia a) la necessità di evitare assembramenti, dato il numero dei componenti le assemblee; b) come qualificare, ai fini del numero legale, i parlamentari in quarantena, obbligati quindi a non muoversi dalla loro abitazione; c) lo spostamento dei parlamentari dalle loro sedi per raggiungere la sede parlamentare, stante i divieti di circolazione e la mancata previsione nei decreti governativi di una eccezione per coloro che svolgono la funzione di parlamentare. A quest'ultimo riguardo la giunta per il regolamento della camera ed il suo presidente Fico hanno interpretato il d.p.c.m. nel senso che

²⁷ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

tra gli spostamenti consentiti debbano ricomprendersi pure quelli dei parlamentari, da farsi rientrare in una delle condizioni permissive della libertà di circolazione sul territorio nazionale.

Il problema è stato pertanto quello di bilanciare la salute dei parlamentare e quella collettiva con la necessità che l'organo centrale della nostra forma di governo possa in qualche maniera funzionare, confrontarsi e decidere.

L'immagine delle camere chiuse, è stato affermato²⁸, evoca l'idea della sospensione della democrazia e la democrazia rappresentativa costituisce un bene primario che non può essere dismesso, non meno del servizio sanitario.

In maniera più diretta e quasi provocatoria è stato anche sostenuto che è difficile per il cittadino comune accettare che il parlamento risulti come paralizzato quando invece restano aperti, oltre agli ospedali ed alle farmacie, anche le tabaccherie, le autorimesse ed altro e che non si riesca a realizzare le condizioni per consentire ai parlamentari di lavorare in sicurezza²⁹. Altri hanno fatto riferimento a problemi di immagine: un parlamento che si ritira, quando molte persone invece sono regolarmente al lavoro nell'interesse generale ed hanno portato a paragone il comportamento del governo, il quale invece si è sempre riunito in presenza, potendo dare l'impressione del ruolo essenziale del governo e non anche del parlamento³⁰.

Non è mancato chi, al contrario, ha sostenuto che, per l'alta funzione svolta, i parlamentari non possono essere parificati ai normali cittadini³¹.

Tutti comunque si sono espressi a favore della necessità di trovare modi e strumenti per consentire al parlamento di poter funzionare, per cui ci si confrontati a livello politico-parlamentare ed in dottrina su quali fossero le soluzioni migliori e più efficaci allo scopo.

In Italia non è stata apportata alcuna modifica della normativa regolamentare, né tantomeno costituzionale, ma le innovazioni sono seguite ad accordi informali tra i gruppi parlamentari o a decisioni dei presidenti delle camere.

Così, ad esempio, per ricordare alcune delle misure prese, è stato deciso di valorizzare ed ampliare per quanto possibile l'attività svolta in commissione, pervenendo di fatto a realizzare una commissione redigente, a seguito dell'accordo tra le forze politiche di non esaminare in aula gli emendamenti presentati, riservando ad essa il voto sul testo proposto dalla commissione ed il voto finale. Dubbi in proposito sono stati sollevati con riguardo alla conversione in legge dei decreti leggi, la quale, pur non essendo esclusa dalla Costituzione, risulta invece riservata all'assemblea da parte dei regolamenti parlamentari³².

E' stato pure deciso di ridurre il numero delle sedute e di limitare i lavori delle commissioni e della assemblea all'esame dei soli progetti di legge indifferibili ed urgenti e per interrogazioni a risposta immediata o interpellanze urgenti.

Al fine di evitare assembramenti è stato aumentato il perimetro dell'aula utilizzabile per la presenza dei parlamentari ed approvate misure al fine di garantire il rispetto delle distanze, come la riduzione di presenze nell'emiciclo del senato. Con decisione 22 aprile dei capigruppo della camera, in occasione della votazione sulla fiducia posta per la conversione del decreto-legge Cura Italia, sono stati regolamentati i comportamenti da tenere fin da fuori dell'aula, su come muoversi all'interno e su come distribuire le presenze nei diversi locali.

I parlamentari impossibilitati, per motivi legati al Covid-19, a raggiungere la camera di appartenenza sono stati parificati, ai fini regolamentari, ai parlamentari in missione, mentre la giunta per il regolamento del senato ha transitoriamente fornito una interpretazione con cui è stata rimossa la perentorietà del termine fissato per le attività della giunta per le elezioni e le immunità parlamentari

²⁸ C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in Costituzionalismo.it, n. 1/2020, parte III.

²⁹ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale*, cit.

³⁰ A. PERTICI, *Gli effetti della pandemia*, cit.

³¹ S. CURRERI, *Il parlamento nell'emergenza*, in Osservatorio costituzionale, 12 maggio 2020, fasc. 3/2020

³² F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un parlamento "telematico"*, in Federalismi.it, 10 giugno 2020

in caso di impossibilità di partecipare da parte di alcuni dei componenti in ragione della limitazione della libertà di circolazione a tutela della salute pubblica.

Una misura sulla quale maggiore è stato il dibattito in dottrina è quella con cui i gruppi parlamentari hanno deciso una riduzione della presenza dei parlamentari in aula in misura proporzionale ai gruppi stessi, tale quindi da non alterare i rapporti di forza. La limitazione decisa è stata del 55% dei componenti, riducendo così i deputati da 630 a 350 ed i senatori da 350 a 161.

L'accordo, definito come un "contingentamento dei parlamentari"³³, è stato fondato all'evidenza sul patto tra i gruppi parlamentari, valido fintanto che sia volontariamente rispettato, non potendo essere imposto ai singoli parlamentari, ognuno dei quali per Costituzione rappresenta la nazione senza vincolo di mandato imperativo.

La scelta è stata criticata in quanto ritenuta limitativa della funzione rappresentativa dei parlamentari e tale da poter paradossalmente giustificare anche la provocatoria proposta che avanzò l'allora presidente del consiglio Berlusconi di riservare le decisioni al voto dei capigruppo parlamentari³⁴.

Se nessuna riforma è stata in realtà approvata, non sono invece mancate proposte in tal senso al fine di adeguare temporaneamente o in maniera definitiva il diritto parlamentare alle situazioni di emergenza, quella presente o quelle future.

Dapprima è stata presa in considerazione la adeguatezza allo scopo di una modifica dei regolamenti parlamentari oppure la necessità anche di una riforma costituzionale.

La maggioranza della dottrina si è espressa nel primo senso auspicando disposizioni regolamentari specifiche tali da consentire a tutti i parlamentari di potersi esprimere, nonostante la straordinarietà della situazione³⁵ e da fissare, in caso di partecipazione da remoto, casi e modi della stessa, in assenza dei quali potrebbe registrarsi una pericolosa rottura costituzionale³⁶.

In tal senso si è altresì parlato di un vero e proprio "diritto parlamentare dell'emergenza"³⁷ e di una necessaria "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari³⁸.

Più in particolare alcuni hanno avanzato la proposta di introdurre un preventivo parere obbligatorio, ma non vincolante, del parlamento per l'approvazione dei d.p.c.m., ritenuto da altri non opportuno vista la necessaria tempestività della decisione e dell'entrata in vigore del provvedimento³⁹.

L'ipotesi ampiamente più discussa è stata quella di consentire ai parlamentari di svolgere le loro funzioni a distanza, utilizzando gli strumenti telematici. In questo caso non in senso antiparlamentare, come accaduto per alcune proposte avanzate in particolare dal movimento 5Stelle, ma per consentire al parlamento di continuare a funzionare anche in una situazione emergenziale quale quella determinata dalla diffusione del Covid-19.

Al proposito la proposta ha avuto una diversa accoglienza e valutazione a seconda che la stessa faccia riferimento ai lavori che si svolgono nelle commissioni parlamentari oppure in aula, ponendo chiaramente meno problemi nel primo caso in considerazione del numero ben diverso dei componenti. Per la stessa ragione (numero dei componenti) ad esempio, come vedremo nel prossimo paragrafo, nessun problema ha posto la decisione della Corte costituzionale di potersi riunire e di poter votare da remoto.

Con riguardo invece al tipo di attività, è stato proposto di limitare la possibilità di partecipazione da remoto alle attività svolte in sede informale, vale a dire senza rendicontazione⁴⁰ e soprattutto si è

³³ N. LUPO, *L'attività parlamentare*, cit.

³⁴ A. CELOTTO, *Necessitas*, cit.; A. PERTICI, *Gli effetti della pandemia*, cit.

³⁵ A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in [BioDiritto](#), 14 marzo 2020

³⁶ F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle camere*, cit.

³⁷ S. CURRERI, *Il parlamento nell'emergenza*, cit.

³⁸ N. LUPO, *L'attività parlamentare*, cit.

³⁹ A. RUGGERI, [Il Coronavirus](#), cit.

⁴⁰ F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle camere*, cit.

posta una distinzione a seconda che si intenda consentire il voto a distanza, richiedendosi per alcuni che le camere adottino in proposito la stessa soluzione, oppure anche la partecipazione alla discussione in ordine all'oggetto su cui votare, ad evitare di trasformare il parlamento in un "votificio".

Una posizione centrale nel dibattito della dottrina ha assunto l'interpretazione del ricordato art. 64 Cost. per la parte in cui fa riferimento alla "presenza" dei parlamentari.

Si sono in proposito confrontate due tesi opposte, la prima delle quali ha sollecitato la opportunità di una interpretazione evolutiva della disposizione costituzionale, tale da ricomprendere nella nozione anche i parlamentari collegati telematicamente, ipotesi che certamente non poteva essere prevista dai Costituenti, ma che non tradirebbe la *ratio* della previsione⁴¹. Una simile lettura rientrerebbe pienamente negli spazi di autonomia riconosciuti anche dalla giurisprudenza costituzionale alle due camere, come mostrato dal ricordato caso della qualificazione degli astenuti come presenti o assenti.

Altri invece hanno sottolineato le difficoltà che si incontrerebbero per garantire le condizioni costituzionali del voto parlamentare, se espresso a distanza e sostenuto che la norma costituzionale farebbe chiaramente riferimento alla presenza intesa in senso fisico, intendendo proprio valorizzare il contatto diretto tra parlamentari alla ricerca di soluzioni di mediazione, impossibile a distanza⁴².

A questo è stato, a sua volta, replicato come attualmente l'attività del parlamentare non possa esaurirsi nelle relazioni e nei contatti che avvengono presso la sede della camera o del senato e come essa non possa ritenersi neppure come l'attività prevalente, dal momento che oggi si svolge principalmente all'esterno specie attraverso l'utilizzo di strumenti informatici⁴³.

Per questo un voto a distanza sarebbe da preferire al non voto o a forme silenti, quali l'autoconfinamento e la rinuncia al ruolo del parlamento, dal momento che la tecnologia non servirebbe a sostituire la rappresentanza, ma ad agevolarla, marcando la differenza tra mezzi e fini⁴⁴.

Al contrario è stato sostenuto che verrebbe sacrificato un elemento di estrema importanza, in quanto la democrazia è confronto di idee e ricerca di mediazione⁴⁵ e significherebbe dimenticare che la funzione della rappresentanza è proprio quella di rendere presenti gli assenti, per cui la presenza fisica sarebbe consustanziale al ruolo del parlamentare⁴⁶. La partecipazione a distanza sarebbe pensabile come *extrema ratio* e solamente in caso di emergenza⁴⁷.

7. L'incidenza della pandemia sui procedimenti giurisdizionali e le loro modalità di svolgimento. I decreti presidenziali per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l'emergenza da Covid-19. Le misure legislative relative ai procedimenti davanti ai giudici comuni: le camere di consiglio e le udienze telematiche.

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha determinato la necessità di introdurre misure specifiche anche con riguardo ai procedimenti giurisdizionali ed alle modalità di svolgimento degli stessi. Questo è accaduto sia con riguardo al processo costituzionale, sia per i giudizi davanti ai giudici comuni.

Iniziando dal primo sono da segnalare un serie di provvedimenti assunti dalla presidente della Corte – la quale pure è risultata positiva al Coronavirus e quindi posta in quarantena presso la propria

⁴¹ A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza*, cit.

⁴² A. PERTICI, *Gli effetti della pandemia*, cit.; G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

⁴³ S. CURRERI, *Il parlamento nell'emergenza*, cit.

⁴⁴ F. CLEMENTI, *La democrazia rappresentativa si difende pure con il voto a distanza*, in *Quaderni costituzionali* 2/2020, 379

⁴⁵ C. TRIPODINA, *La Costituzione*, cit.

⁴⁶ F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle camere*, cit.; A. PERTICI, *Gli effetti della pandemia*, cit.

⁴⁷ G. SCACCIA, A. CARBONI, *Funzionalità del parlamento e modalità di voto nell'emergenza*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3, 2020.

abitazione – aventi ad oggetto “misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l’emergenza epidemiologica da Covid-19”.

Le regole sul processo costituzionale prevedono che la Corte, di regola, decide a seguito di udienza pubblica, alla quale, in caso di giudizio sulle leggi in via incidentale, possono partecipare le parti del giudizio *a quo*, il presidente del consiglio dei ministri o della giunta regionale (se impugnato è un atto legislativo regionale) e terzi “qualificati”. La udienza pubblica può essere evitata in caso di mancata costituzione delle parti, manifesta infondatezza o manifesta inammissibilità della questione, di estinzione o di restituzione degli atti al giudice *a quo*.

Con un [primo provvedimento](#) (12 marzo 2020) è stato temporaneamente consentito, in deroga a quanto stabilito dalle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte, il deposito di atti e memorie anche mediante invio in formato elettronico, ad eccezione degli atti di promovimento di nuovi giudizi (ordinanza di rinvio o ricorso), per i quali valgono le regole ordinarie. Si fa riserva di applicare, in quanto compatibili, le norme speciali dettate, sempre per l’emergenza sanitaria, per la giustizia amministrativa.

Decisamente più rilevante il [secondo provvedimento](#) (24 marzo 2020) il quale, a differenza del primo, viene assunto “su conforme avviso espresso dal collegio”.

Viene stabilito “sino a nuovo provvedimento” che: a) la partecipazione dei giudici alle camere di consiglio e per ogni altra loro riunione può avvenire anche da remoto ed il luogo dal quale essi si collegano deve considerarsi a tutti gli effetti camera di consiglio; b) i giudizi per i quali è già stata fissata la udienza pubblica sono rinviati a nuovo ruolo per udienze che si terranno al termine dell’emergenza. Se tutte le parti lo richiedono, la questione può essere decisa in camera di consiglio, senza discussione orale e sulla base degli atti depositati; c) eventuali questioni “di eccezionale gravità ed urgenza”, per le quali la presidente, sentito il collegio, ravvisi la “necessità di trattazione immediata in udienza pubblica” saranno esaminate in udienza pubblica secondo modalità all’uopo stabilite.

Il [terzo provvedimento](#) (20 aprile 2020), pure su conforme avviso espresso dal collegio, introduce la novità della udienza pubblica realizzata da remoto, la quale comunque si svolge senza pubblico e la cui pubblicità è assicurata dalla verbalizzazione a cura del cancelliere, nonché mediante la registrazione e la successiva pubblicazione delle registrazioni nel sito informatico istituzionale della Corte costituzionale.

Viene in particolare stabilito che i giudizi per i quali è prevista l’udienza pubblica passano direttamente in camera di consiglio, senza discussione orale e sulla base degli atti, a meno che almeno una delle parti del giudizio ne faccia richiesta. In quel caso il giudizio si svolge in udienza pubblica con collegamento da remoto,

Il [quarto ed ultimo provvedimento](#) (8 giugno 2020), valutata la possibilità di consentire al pubblico di tornare ad assistere alla trattazione delle questioni fissate in udienza pubblica anche quando esse avvengano con collegamento da remoto, ha stabilito che nei casi di udienza pubblica da remoto è ammessa la presenza del pubblico presso la sede della Corte costituzionale nel rispetto delle misure di prevenzione sanitaria vigenti, entro il numero massimo di 24 persone, secondo un ordine di prenotazione da indirizzare alla cancelleria della Corte.

Volendo brevemente riflettere su alcuni aspetti della normativa sopra riassunta, un primo problema potrebbe essere quello della fonte utilizzata, ossia il decreto presidenziale. La legge 87/1953 prevede che la Corte si pronunci attraverso sentenze, ordinanze o decreti, in caso di provvedimenti del presidente (art. 18).

La disciplina del processo costituzionale è contenuta nella Costituzione, nelle leggi costituzionali e, più in specifico, nella legge ordinaria (87/1953) e nelle norme integrative approvate dalla stessa Corte costituzionale nella veste di legislatore, che va eccezionalmente a disciplinare il suo processo. In base a ciò ci potremmo chiedere se sia consentito al presidente della Corte derogare alle norme integrative approvate dal collegio-legislatore, in un caso senza alcun coinvolgimento del collegio stesso. Certamente, al pari dei provvedimenti dei presidenti delle camere, non si può prescindere dalla

situazione specifica ed eccezionale che si è venuta a creare, anche se il problema in linea di principio resta.

Un secondo aspetto potrebbe essere quello relativo alla nozione di “parte” utilizzato nei decreti presidenziali. Esse sono particolarmente valorizzate allorché si prevede dapprima che, se “tutte le parti” lo richiedono la Corte può decidere in camera di consiglio una questione già assegnata all’udienza pubblica e poi che, dietro richiesta di “almeno una delle parti”, la questione sarà discussa in udienza pubblica seppure da remoto.

Come già accennato la Corte costituzionale può, secondo le regole generali, decidere in camera di consiglio, anziché in udienza pubblica, allorché nessuna delle parti si costituisca. La Corte costituzionale dopo che, per diversi anni, aveva in proposito ritenuto di qualificare come parte sia le parti del giudizio *a quo*, sia il presidente del consiglio dei ministri (o della giunta regionale), a partire dal 1983 ([sent. 210](#)), ha ritenuto che, allo scopo, sono da ritenersi parti solo le prime e non il secondo, potendo quindi decidere in camera di consiglio in tutti i casi in cui sia intervenuto in giudizio solo la parte pubblica.

Ci potremmo chiedere quindi se il riferimento alle parti ed ai relativi poteri nei decreti presidenziali sia anche in questo caso limitato alle parti del giudizio “*a quo*” (ed ai terzi eventualmente ammessi) oppure comprenda anche il presidente del consiglio o della giunta.

L’aspetto che ha maggiormente attirato l’attenzione della dottrina è stato quello relativo alla necessità di procedere attraverso l’udienza pubblica “in presenza”, pur se con modalità da stabilire, in caso di “questioni di eccezionale gravità ed urgenza”.

È stato in proposito sostenuto come non emerga immediatamente il possibile nesso tra urgenza e pubblicità dell’udienza, suggerendo di porre maggiore attenzione alla gravità che, se tale, implicherebbe probabilmente di per sé l’urgenza del procedere⁴⁸.

Dubbi ha poi suscitato il significato da attribuire alla espressione di cui sopra e ci si è di conseguenza interrogati su quali situazioni si potrebbero ritenere tali da integrare quei presupposti. Così qualcuno ha pensato a possibili futuri giudizi aventi ad oggetto la fase emergenziale in corso⁴⁹) oppure alla decisione su iniziative tese a mortificare ingiustificatamente od eccessivamente le attribuzioni di rappresentanza del parlamento⁵⁰.

Con lo sguardo rivolto al futuro, è stato anche rilevato come l’esperienza appena fatta per i giudizi costituzionali potrebbe suggerire l’utilizzo degli strumenti informatici per la trasmissione degli atti e forse anche per ridimensionare il ricorso alla udienza pubblica, dove la partecipazione in presenza dei soggetti ammessi sovente poco aggiunge a quanto risulta già dai documenti allegati⁵¹.

Alcuni decreti-legge della fase emergenziale si sono invece riferiti ai procedimenti giurisdizionali di fronte ai giudici comuni, ordinari e speciali.

Il primo è stato il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, in parte modificato pochi giorni dopo dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (artt. 83 e 84) e poi dal d. l. 30 aprile 2020, n. 28 (artt. 3-5).

Le disposizioni surrichiamate hanno provveduto, temporaneamente, ad un rinvio d’ufficio delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari ed alla sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto procedimentale.

I capi degli uffici giudiziari sono stati autorizzati ad adottare misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal ministero della salute e per evitare assembramenti all’interno dell’ufficio giudiziario. A tal fine sono state indicate una serie di misure che i capi degli uffici giudiziari possono adottare: ad esempio la limitazione dell’accesso del pubblico agli uffici giudiziari e dell’orario di apertura al pubblico; la regolamentazione dell’accesso ai servizi; la celebrazione a porte chiuse delle

⁴⁸ P. COSTANZO, [Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0](#), in questa [Rivista](#), 1/2020, 158 ss.

⁴⁹ M. TROISI, *Il processo innanzi alla Corte costituzionale in tempo di emergenza epidemiologica: specificità e omologazione delle modalità telematiche*, in [Federalismi.it](#), 10 giugno 2020

⁵⁰ P. COSTANZO, [Con l'emergenza](#), cit.

⁵¹ P. COSTANZO, [Con l'emergenza](#), cit.

udienze penali pubbliche o di singole udienze e delle udienze civili pubbliche; la possibilità di collegamenti da remoto per le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti, con modalità comunque idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti; la previsione di eccezioni al rinvio di udienze civili e penali (cause relative ad alimenti, a minori, a tutela di diritti fondamentali ecc.).

Con riguardo al giudizio amministrativo analoga competenza viene riconosciuta ai presidenti titolari delle sezioni del Consiglio di Stato, al presidente del consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ed ai presidenti dei tribunali amministrativi regionali e delle relative sezioni staccate.

Il d.l. 11/2020 (art. 3) prevede che tutte le controversie fissate per la trattazione passano in decisione sulla base degli atti (c.d. contraddittorio cartolare o procedimento cartolare coatto), salvo che almeno una delle parti abbia chiesto con apposita istanza la discussione in udienza camerale o in udienza pubblica, in questo caso i presidenti possono consentire, per le udienze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, collegamenti da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori alla trattazione dell'udienza.

Il successivo art. 84 d.l. 84/2020 ha abrogato la suddetta disposizione e previsto invece che le controversie fissate per la trattazione passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, se ne fanno congiuntamente richiesta tutte le parti costituite. La possibilità di collegamento da remoto è prevista solo per la delibera in camera di consiglio ed il luogo da cui si collegano i magistrati ed il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge.

L'art. 4 del d.l. 28/2020 ha di nuovo introdotto l'udienza telematica, la richiesta della quale è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite, mentre negli altri casi, il presidente del collegio valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto. Se il presidente ritiene necessaria, anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto, la dispone con decreto.

Sui poteri attribuiti ai capi degli uffici giudiziari per assicurare il rispetto delle misure igienico-sanitarie – al cui proposito il Consiglio superiore della magistratura ha approvato in data 26 marzo 2020 apposite linee guida - la maggior parte dei commentatori ha ritenuto la scelta come quella più funzionale allo scopo, trattandosi di persone che meglio conoscono la specifica situazione ambientale, anche se non è mancato chi ha ritenuto che fosse stato preferibile un maggior coordinamento ed omogeneità di soluzioni, almeno a livello regionale⁵².

Sul "processo cartolare coatto" nel giudizio amministrativo si sono concentrate le maggiori critiche e sono stati sollevati dubbi di costituzionalità, sul presupposto che la scelta di sacrificare la discussione orale in nome della emergenza risulterebbe niente affatto necessaria e quindi in violazione dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza. L'art. 84.5 d.l. 18/2020 sarebbe da ritenere pertanto incostituzionale, nella parte in cui prevede che le controversie siano decise senza contraddittorio e senza prevedere che le parti possano chiedere una udienza, seppure da remoto⁵³.

Su tale previsione è intervenuto il Cons. Stato il quale, sulla premessa che una interpretazione letterale determinerebbe un contrasto con gli artt. 111.2 Cost e 6 Cedu, che esigono una diretta interlocuzione con il giudice, ha tentato una interpretazione adeguatrice nel senso di consentire alla parte di chiedere il differimento a data successiva allo scopo di discutere oralmente la causa, quando non si tratti una causa semplice o la cosa non possa recare danno alla controparte per irragionevole durata del processo (Cons. Stato 2538 e 2539/2020).

⁵² *La giustizia civile nell'emergenza e dopo. Intervista al presidente Bichi*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it) 3 giugno 2020

⁵³ I. LAGROTTA, *Il contraddittorio cartolare coatto tra interpretazione conforme a Costituzione e dubbi di legittimità*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 13 maggio 2020

L'interpretazione adeguatrice è stata ritenuta da una parte della dottrina⁵⁴ non consentita dalla lettera della legge e quindi eccessivamente creativa, ritenendo più appropriato il proponimento della questione di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale.

Come detto il successivo art. 4 d.l. 28/2020 ha di nuovo previsto, entro certi limiti, la udienza telematica.

A quest'ultimo proposito è stata prospettata una distinzione tra “udienze figurate” e “udienze telematiche online”, le prime con la partecipazione dei soli difensori e possibile svolgimento con scambio documentale, le seconde con partecipazione da remoto⁵⁵, sulle quali la dottrina ha espresso giudizi differenti.

Per alcuni il processo amministrativo telematico ha dato buona prova di sé in questi anni e l'udienza telematica deve essere vista come una soluzione naturale per affrontare l'emergenza garantendo la pienezza dei diritti difensivi delle parti⁵⁶, mentre per altri non è possibile sostenere che quella telematica sia soltanto una modalità di comunicazione e di partecipazione succedanea alla fisicità, ma contenutisticamente equivalente, per cui l'udienza telematica non potrebbe trovare cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico processuale⁵⁷.

Interrogandosi su cosa poter mantenere anche dopo che si sarà tornati alla normalità, è stato espresso un giudizio positivo in ordine alla applicazione degli strumenti telematici per le comunicazioni, per lo svolgimento di alcune attività istruttorie, che potrebbero ridurre i tempi lunghi di alcuni spostamenti non sempre necessari, per i giudici popolari, specie per molti adempimenti tecnici, per l'ascolto di certi testimoni che vivono distanti e per la partecipazione del consulente tecnico⁵⁸.

8. L'incidenza della pandemia sui rapporti tra stato centrale ed autonomie territoriali: la ripartizione della competenza in materia di sanità e di protezione civile ed il principio di leale collaborazione. Il potere di ordinanza dei presidenti delle giunte regionali e dei sindaci: alcune ordinanze “ribelli”.

Uno degli aspetti assai dibattuto è stato, come ampiamente prevedibile, quello dei rapporti tra lo Stato e le regioni, essendo la materia della salute di competenza concorrente ed essendo i relativi confini tutt'altro che chiari e definiti.

Più in specifico, ai sensi dell'art. 117 Cost., le due materie che più direttamente sono entrate in gioco nella situazione emergenziale da Covid-19 sono quelle di “tutela della salute” e della “protezione civile”, entrambe collocate nel catalogo delle materie di competenza concorrente, per le quali spetta alle regioni la potestà legislativa, salvo per la determinazione dei principi fondamentali riservata allo Stato. Come è stato rilevato, la nozione di “principio fondamentale” è stato inteso dalla Corte costituzionale in maniera estensiva che ha permesso soluzioni centripete, così che sono stati ritenuti tali anche norme qualificabili come di dettaglio⁵⁹.

Da ricordare, in stretta connessione, anche la previsione che riserva allo Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117.2, lett. m), Cost.).

⁵⁴ I. LAGROTTA, “Giusto processo” amministrativo e decreto “Cura Italia”: il principio di oralità alla prova dell'emergenza, in [Judicium](#), 2020.

⁵⁵ F. DONATI, [Giustizia online al tempo del coronavirus e dopo](#), in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), 17.04.2020.

⁵⁶ I. LAGROTTA, “Giusto processo” amministrativo cit.

⁵⁷ C. ZUCHELLI, *Sulla udienza telematica*, in [Federalismi.it](#) 13 maggio 2020.

⁵⁸ F. DONATI, [Giustizia online](#), cit.

⁵⁹ G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La “concorrenza” fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3, 2020.

Il riparto di competenze risulta pertanto ispirato alla logica della leale collaborazione, senza perimetri rigidi ed invalicabili, con l'organizzazione del servizio sanitario riconosciuto alle regioni, con il rispetto dei livelli essenziali.

Con riguardo alle funzioni amministrative è costituzionalizzato il principio di sussidiarietà verticale, nel senso della attribuzione delle stesse ai comuni, salvo sia necessario un livello più alto di competenza per assicurare l'esercizio unitario, come può certamente presentarsi in materia di protezione civile⁶⁰. Possibile quindi l'attrazione della competenza in capo allo Stato, con il limite di non tagliare fuori dalla catena decisionale il sistema regionale e degli enti locali⁶¹.

Per completare il quadro della cornice costituzionale con riguardo ai problemi venuti in considerazione in questi mesi, da ricordare l'art. 120.2 Cost. che prevede la possibilità del governo centrale di sostituirsi ad organi regionali o comunali nel caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica ovvero per garantire l'unità giuridica ed economica o la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali.

Da sottolineare infine come in questi ultimi anni alcune regioni, proprio quelle più colpite dalla pandemia (Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna), avevano fatto richiesta, ai sensi dell'art. 116.3 Cost. di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia", stipulando il 28 febbraio 2018 con il governo tre distinti accordi preliminari ed indicando tra le materie sulle quali richiedere maggiore autonomia appunto quella della sanità.

A livello di legislazione primaria in materia di igiene e sanità pubblica, è prevista la possibilità per il presidente della giunta regionale o per il sindaco di pronunciare ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale (art. 32 l. 833/1978).

Il già ricordato codice della protezione civile, nel caso di stato di emergenza di rilievo nazionale, prevede che le ordinanze di protezione civile siano emanate "acquisita l'intesa delle regioni" (art. 25). Al proposito è stato rilevato come in queste circostanze possa verificarsi il rischio di un pressoché totale esautoramento a vantaggio dello Stato in nome dell'emergenza e come l'avvenuta proroga dello stato di emergenza (d.l. 83/2020) in una situazione epidemiologica in netto miglioramento, potrebbe determinare una ingiustificata compressione della autonomia regionale⁶².

A livello comunale, il sindaco, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, possono adottare ordinanze contingibili e urgenti. Nel caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti. Il sindaco, ma nella veste di ufficiale del governo, può adottare con atto motivato, provvedimenti anche contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica, diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione (TUEL, artt. 50 e 54).

Come puntualmente rilevato⁶³ i sindaci hanno pronunciato ordinanze senza tener conto dei limiti loro imposti e riferendosi in maniera indistinta al proprio ruolo di rappresentante della comunità comunale ed a quello di ufficiale di governo, con conseguente abnorme cumulazione di ruoli funzionali e sviamento di poteri.

Nella normativa che è seguita alla dichiarazione dello stato di emergenza, il primo dei decreti-legge che abbiamo chiamato "originari" (d.l. 6/2020) ha stabilito che i d.p.c.m. dovevano essere approvati, "sentiti" i presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui le misure riguardassero una sola regione o specifiche regioni oppure il presidente della conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardassero l'intero territorio nazionale.

⁶⁰ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit.

⁶¹ U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, I, 2020.

⁶² G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La "concorrenza"*, cit.

⁶³ N. PIGNATELLI, *La "specialità" delle ordinanze dei sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in *Diritti Regionali*, 10 giugno 2020.

In particolare, era previsto che “nelle more dell’adozione dei d.p.c.m., “in casi di estrema necessità ed urgenza” le misure ivi indicate, nonché ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza, potevano essere prese dalla regione o dal sindaco, ai sensi dei ricordati artt. 32 l. 833/1978 e 50 TUEL.

Anche allo scopo di far fronte alle molte e disomogenee ordinanze pronunciate a livello locale, il d.l. 19/2020 è intervenuto a modificare e meglio precisare la disciplina.

Le regioni, sulla base dei presupposti di cui sopra, non solamente debbono essere “sentite”, ma possono anche “proporre” l’adozione di d.p.c.m.

Per il potere di ordinanza “nelle more...”, la posizione delle regioni rispetto a quella dei sindaci viene distinta.

Le prime possono emanare ordinanze subordinatamente alle seguenti condizioni: a) in presenza di specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio; b) per misure ulteriormente restrittive; c) nell’ambito di materie di loro competenza; d) senza incidere su attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale.

Per i sindaci invece è fatto divieto, pena inefficacia, di adottare ordinanze dirette a fronteggiare l’emergenza in contrasto con le misure statali.

Ne deriva pertanto che viene così creato per le regioni un potere di ordinanza “speciale”⁶⁴ e che l’ordinanza sindacale è ammissibile solo riguardo a spazi non regolati da normativa statale e fintanto che sopravvenga quest’ultima, attribuendo così natura cedevole alle ordinanze stesse⁶⁵.

Infine il d.l. 33/2020 riconosce alle regioni anche la possibilità di misure migliorative e prevede in particolare che le attività economiche, produttive e sociali si svolgano nel rispetto di protocolli e linee guida adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli nazionali e l’obbligo di monitorare con cadenza giornaliera l’andamento della situazione.

Con riguardo ai limiti entro i quali gli effetti delle ordinanze contingibili ed urgenti possono considerarsi conformi ai principi costituzionali, si è da tempo pronunciata a più riprese la Corte costituzionale, la quale ha avuto modo di precisare che il legislatore statale non può attribuire tale potere in materie coperte da riserva assoluta di legge, mentre per quelle coperte da riserva relativa (artt. 16, 17, 19, 41 Cost.) è possibile farlo solo con la interposizione legislativa, la quale deve comunque attribuire un potere amministrativo idoneo a derogare (ma non abrogare) la normativa primaria, individuare l’organo competente, predeterminare i presupposti, la materia, le finalità. Tale potere deve essere attribuito per un tempo limitato ed imporre l’obbligo di motivazione e di pubblicità e deve comunque rispettare i principi generali dell’ordinamento giuridico (tra le altre, [Corte cost. sentt. 26/1961](#), [617/1987](#) e [115/2011](#)).

Un aspetto particolare esaminato dalla dottrina è stato quello del rapporto tra le ordinanze regionali e quelle sindacali, con riguardo allo spazio riconosciuto alle seconde, quando siano attuative delle prime.

Mentre a giudizio di alcuni le ordinanze del sindaco potrebbero trovare un fondamento ed una legittimazione nelle ordinanze regionali che dettano una disciplina derogatoria rispetto a quella statale⁶⁶, secondo altri questo non sarebbe possibile, in quanto la derogabilità è ammessa solo per le ordinanze regionali⁶⁷ o comunque priva di rilievo, dal momento che le ordinanze sindacali, se più restrittive di quelle regionali sarebbero illegittime, mentre se conformi si rivelerebbero inutili⁶⁸.

⁶⁴ N. PIGNATELLI, *La “specialità”*, cit.

⁶⁵ G. BOGGERO, *Le “more” dell’adozione dei dpcm sono “ghiotte” per le regioni. Prime osservazioni sull’intreccio di poteri normativi tra Stato e regioni in tema di Covid-19*, in [Diritti Regionali](#), 21 marzo 2020.

⁶⁶ A. RUGGERI, [Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del governo, dal Consiglio di Stato su un’ordinanza del sindaco De Luca relativa all’attraversamento dello stretto di Messina](#), in questa [Rivista](#), 1/2020, 224 ss.; F. TORRE, *Il carattere bidirezionale*, cit.

⁶⁷ M. LUCIANI, [Il sistema delle fonti](#), cit.

⁶⁸ N. PIGNATELLI, *L’annullamento straordinario ex art. 138 Tuel di un’ordinanza comunale: il Covid-19 non “chiude” lo stretto di Messina*, in [Diritti Regionali](#), 12 aprile 2020.

A seguito della pronuncia di un gran numero di ordinanze regionali e sindacali, qualcuno⁶⁹ ha parlato di un “terreno sul quale la confusione, purtroppo, è massima e insoddisfacente è la cooperazione interistituzionale”, mentre altri⁷⁰ hanno sostenuto che se il criterio della collaborazione del regionalismo cooperativo deve certamente essere tentato, dopo un tempo ragionevole lo Stato deve assumersi la responsabilità di una soluzione unitaria in situazioni di emergenza. La materia della protezione civile in una situazione di emergenza nazionale impone scelte frutto di bilanciamenti tra diritti fondamentali (v. *infra*, par. seguente) che richiedono una efficacia per l'intero territorio nazionale e che pertanto possono spettare solamente allo Stato.

Spesso è accaduto che, attraverso le ordinanze regionali e sindacali, si sia realizzata una vera e propria contrapposizione con lo Stato, dovuta a ragioni politiche ed alla ricerca di visibilità da parte dei sindaci o dei presidenti delle giunte regionali.

Ricordo, quale esempio, solo alcuni di questi casi che più hanno fatto discutere e sui quali è spesso intervenuta anche la dottrina.

Quello più noto credo si possa ritenere il caso che ha avuto ad oggetto l'ordinanza con cui il sindaco di Messina poneva a carico di chi intendesse fare ingresso in Sicilia l'obbligo di registrazione *online* 48 ore prima e di attendere quindi il rilascio da parte del comune del nulla osta allo spostamento, nonché l'obbligo di registrazione per chiunque intendesse uscire dalla regione.

In proposito è stata attivata la procedura per l'annullamento di atto illegittimo che prevede la proposta del ministro dell'interno, il parere del Consiglio di Stato e la delibera del consiglio dei ministri.

Il Consiglio di Stato (7 aprile 2020, n. 260) ha ritenuto sussistenti gli elementi per procedere all'annullamento, rilevando una molteplicità di vizi, quali l'incompetenza territoriale, la previsione di prestazioni non previste dalla legge (art. 23 Cost.), la limitazione della libertà di circolazione, della privacy, della competenza statale in materia di ordine e sicurezza pubblica. Il Consiglio di Stato ha puntualizzato come, in presenza di emergenze a carattere nazionale, pur nel rispetto delle autonomie territoriali, “vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza”.

La dottrina si è espressa per la chiara illegittimità del provvedimento⁷¹.

Un'altra ordinanza, stavolta di un presidente di giunta regionale, che ha fatto discutere è stata quella della regione Calabria che ha consentito, nonostante il divieto valido per l'intero territorio nazionale, la ripresa delle attività di bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio di tavoli all'aperto. Il provvedimento è stato impugnato davanti al giudice amministrativo che ha annullato l'ordinanza, affermando che spetta al presidente del consiglio individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus, mentre alle regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dal d.l. 19/2020 che certamente non ricorrevano nel caso di specie (TAR Calabria 9 maggio 2020, n. 841).

In altro caso invece una ordinanza della regione Marche aveva provveduto ad introdurre misure restrittive sul proprio territorio senza che vi fossero ancora le ragioni sanitarie per farlo, quindi in funzione meramente preventiva, non risultando al momento neppure un caso di contagio. In ragione di ciò l'ordinanza che sospendeva in tutto il territorio regionale tutte le manifestazioni pubbliche di qualsiasi natura e l'attività scolastica di ogni ordine e grado è stata impugnata dal prefetto e sospesa dal TAR Marche.

Tra le regioni “più attive” deve essere certamente inserita la Campania, il cui presidente della giunta ha infatti adottato o paventato di adottare tutta una serie di provvedimenti restrittivi, fra cui la chiusura di ogni palestra, pubblica o privata, la quarantena per tutti coloro che provenivano dalle c.d.

⁶⁹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit.

⁷⁰ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

⁷¹ Cfr., tra gli altri, A. CELOTTO, *Necessitas*, cit.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit.; A. PERTICI, *Gli effetti della pandemia*, cit.; N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario*, cit.; in senso dubitativo invece A. RUGGERI, *Non persuasivo*, cit.

“zone rosse”, il divieto di attività motoria all’aperto, il divieto di ingresso nella regione da parte dei non residenti.

Quest’ultimo provvedimento è stato paventato pure dalle regioni Lazio, Puglia e Valle d’Aosta.

Anche le modalità con le quali rilevare i possibili contagiati e con cui eseguire i tamponi hanno diviso le regioni, che hanno seguito modalità differenti⁷².

9. L’incidenza della pandemia sui diritti fondamentali: il principio di proporzionalità e ragionevolezza e l’attività di bilanciamento tra i diversi diritti costituzionalmente garantiti, la collocazione del diritto alla salute tra gli altri diritti. L’incidenza della scienza e della posizione dei comitati scientifici sulle scelte del legislatore. Sintesi dei problemi relativi ad alcuni diritti maggiormente coinvolti: la libertà di circolazione, il diritto alla salute, la libertà religiosa e di culto, il diritto all’istruzione e l’istruzione universitaria, il diritto di difesa, il diritto alla riservatezza, il diritto di voto, la condizione femminile, i diritti degli stranieri, i diritti dei detenuti.

Questo ultimo paragrafo è dedicato ad un sintetico, ed in certi casi meramente esemplificativo, esame dei diritti fondamentali che maggiormente sono venuti in considerazione con riguardo alla normativa emergenziale per il Covid 19. Questi, come già ricordato, sono stati infatti un numero rilevante a partire ovviamente dalla libertà di circolazione, al diritto alla salute, al diritto all’istruzione, alla libertà di iniziativa economica, al diritto al lavoro, alla libertà religiosa, al diritto al voto, al diritto di difesa, solo per citare quelli più coinvolti.

Indubbio che tali diritti possono in certi casi subire limitazioni, purché queste avvengano nel rispetto dei criteri fissati dalla Costituzione, a partire da quello della riserva di legge e specificati dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte ha infatti in varie occasioni sottolineato la necessità che la normativa emergenziale abbia carattere temporaneo e sia sempre strettamente connessa al fatto legittimante, che i poteri riconosciuti agli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi e nelle modalità di esercizio e che non si tratti quindi di pieni poteri, che le misure siano adeguatamente supportate da dati scientifici.

Un ruolo assolutamente centrale viene riconosciuto, negli interventi del Giudice costituzionale, al criterio della proporzionalità e ragionevolezza delle misure adottate in relazione alla situazione da regolare.

Tale condizione richiama la necessità di un’attività di necessario bilanciamento tra i differenti diritti costituzionali che vengono in gioco, quando essi non possono essere realizzati tutti congiuntamente, per cui si pone la necessità di procedere ad un loro bilanciamento teso allo scopo di individuare dapprima quale fra i diritti in conflitto, nella specie, debba prevalere e, successivamente, quale sia la soluzione di minor danno per i diritti che in quella occasione vanno a soccombere, comunque tale da salvaguardare il loro nucleo irriducibile garantito dalla Costituzione.

La Corte costituzionale ha infatti sostenuto come, nell’ordinamento costituzionale, nessun diritto può ritenersi assoluto, in quanto in tal caso esso diverrebbe “tiranno” rispetto a tutti gli altri e come la valutazione debba comunque essere svolta caso per caso, con riguardo alle specificità del momento e non in assoluto, una volta per tutte. Per questo nel bilanciamento tra due stessi diritti, può essere che in un caso prevalga l’uno e in altro caso prevalga invece l’altro.

Con riguardo alla vicenda Covid-19, è stato giustamente sostenuto che la situazione pone il rischio di adottare misure insufficienti oppure misure eccessive, con gravi ricadute su diritti costituzionalmente tutelati, anche in considerazione delle tante incertezze che la circondano, mentre non ritengo condivisibile che la drammaticità della situazione renda privo di senso chiedersi se le

⁷² M. MANDATO, *Il rapporto Stato-regione nella gestione del Covid-19*, in [Nomos](#), n. 1/2020

misure siano coerenti con i principi di ragionevolezza e proporzionalità delle misure limitative dei diritti⁷³.

Il diritto alla salute è l'unico diritto espressamente qualificato come “fondamentale” dalla Costituzione (“la repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”) ed alcuni hanno ricavato la conseguenza che esso sia collocato sul gradino più alto, tanto che risulti quindi legittima la compressione di tutti gli altri diritti, essendo compito dello Stato preservare la salute e la vita dei cittadini⁷⁴.

La posizione del tutto prevalente, e che personalmente condivido, è invece a favore della necessità di bilanciare tale diritto con gli altri diritti costituzionali, accolta anche dalla giurisprudenza costituzionale, da ultimo espressa con riferimento al caso della possibile chiusura degli stabilimenti Ilva in quanto nocivi per la salute. In una prima decisione ([sent. 85/2013](#)) la Corte ha affermato il principio secondo cui il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale, concludendo nel senso della ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore. Dopo cinque anni ([sent. 58/2018](#)) la Corte invece è giunta alla conclusione opposta nei riguardi del successivo decreto-legge, ritenendo che, mentre poteva ritenersi ragionevole e proporzionata la disciplina contenuta nel d.l. precedente, altrettanto non può dirsi per il successivo, avendo esso privilegiato in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa.

Una posizione in certo senso eccentrica è stata espressa da chi ha fortemente criticato la assoluta prevalenza attribuita al diritto alla salute sopra qualsiasi situazione soggettiva, sostenendo che in fondo nella legislazione di emergenza non è stata la salute il bene tutelato, dal momento che si sarebbero mandati al macello proprio i medici che avrebbero dovuto garantire la salute o sarebbe stata del tutto trascurata la salute degli ospiti anziani delle residenze sanitarie⁷⁵.

L'attività di bilanciamento, a volte operata direttamente dalla Costituzione, viene più spesso realizzata dal legislatore, il quale opera così inevitabilmente anche scelte politiche delle quali si assume la responsabilità.

Nel rapporto tra diritto e politica, in alcuni casi è forte l'incidenza dell'elemento tecnico e dei risultati della scienza. La legislazione emergenziale in generale e quella in esame in particolare ne sono una chiara dimostrazione, basti pensare alle molte strutture emergenziali di esperti (c.d. “*task force*”) create: tra le principali delle quali ne sono state individuate 15, oltre a 40 ulteriori “strutture di emergenza”, con circa 500 esperti a livello statale ed altre decine a livello locale⁷⁶.

Un ruolo particolarmente importante è stato assunto dal “comitato tecnico scientifico”, istituito dal Capo del dipartimento della protezione civile, il quale deve, di norma, essere sentito per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità delle misure da adottare (art. 2.1 d.l.19/2020).

In casi quali quello in esame, la Corte costituzionale ha ammonito il legislatore a tenere nella massima considerazione la posizione dei tecnici ed a motivare adeguatamente le ragioni per cui si discosta dal loro parere (ad es., [sent. 40/2004](#)).

In caso di posizioni unanimi da parte della comunità scientifica, si è ritenuto che lo spazio delle scelte politiche si riduca quasi a zero⁷⁷. Anche se forse uno spazio per le scelte politiche, seppur ridotto, è difficile da escludere, dal momento che esiste quella necessaria attività di bilanciamento cui abbiamo accennato poc'anzi. Così, per il tema che ci occupa, pare indiscutibile che il restare tutti

⁷³ A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza*, cit.

⁷⁴ A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020.

⁷⁵ F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus*, cit.

⁷⁶ A. CELOTTO, *Necessitas*, cit.

⁷⁷ G. ZAGREBELSKY, *La regola e l'eccezione*, cit.

chiusi nelle proprie abitazioni riduce o addirittura elimina qualsiasi rischio di contagio e questo, per paradosso, potrebbe essere ritenuto la misura scientificamente migliore fino alla scoperta di un vaccino. Questo se non fosse appunto che la misura va bilanciata con gli effetti negativi che determina su altri diritti fondamentali, di natura economico-sociale, un bilanciamento che non può certo essere attribuito ad un comitato tecnico, ma che può svolgere solamente il soggetto politico.

Termino questo paragrafo, e con esso il saggio, con la indicazione di alcuni diritti e di alcuni problemi che in proposito si sono posti, con la precisazione che si tratta di una esposizione del tutto sommaria ed anche frutto di una scelta arbitraria.

Parto ovviamente dai due diritti maggiormente coinvolti: la libertà di circolazione ed il diritto alla salute.

La libertà di circolazione è garantita dall'art. 16 Cost., che stabilisce una riserva relativa di legge e prevede anche le condizioni in base alle quali può essere limitata, tra le quali i motivi di sanità e il carattere generale della normativa. Non molti problemi ha quindi suscitato la normativa primaria emergenziale, se non per i suoi rapporti, che già abbiamo analizzato, con la normativa secondaria (i d.p.c.m.) di attuazione.

Alcuni hanno fatto notare come la limitazione della libertà sia stata tale (“tutti a casa”) da trasformarsi in una sorta di arresto domiciliare, venendo così a determinare una contiguità tra la libertà di circolazione e la libertà personale, per la quale però è prevista una riserva di giurisdizione che quindi nella specie sarebbe stata violata⁷⁸. Soluzione decisamente rigettata da quanti hanno osservato come la misura della quarantena è un provvedimento di tutt'altra natura e funzione, per cui sarebbe da escludere un suo avvicinamento alla misura della detenzione domiciliare⁷⁹, mentre altri, pur ritenendo azzardato parlare in questo caso di arresti domiciliari, hanno poi convenuto che, nella sostanza, non si tratti di cose fra loro molto lontane⁸⁰.

Unanime è stata invece la valutazione negativa in ordine ai provvedimenti dei presidenti delle giunte regionali i quali hanno ritenuto di poter chiudere i confini delle loro regioni, nella considerazione che nessuna legge regionale può porre limiti alla circolazione (Silvestri) e nessuno può chiudere la “sua” regione⁸¹.

Sul *diritto alla salute* un aspetto che purtroppo si è drammaticamente posto è stato quello di dover scegliere chi curare, dal momento che le strutture non erano nelle condizioni di poterlo fare per tutti, nella consapevolezza che una simile scelta andava a determinare la morte di qualcuno.

Non si tratta, come noto, di un problema nuovo, ma che ad esempio è da tempo al centro del dibattito scientifico con riguardo alla materia dei trapianti, allorché si deve decidere a chi, tra i richiedenti, trapiantare l'unico organo disponibile.

In proposito si sono confrontate diverse teorie in campo bioetico⁸²: a) quella libertaria-individualistica, che favorisce il giovane, il ricco o di chi maggiori possibilità a scapito delle persone più vulnerabili. Negando la natura sociale del problema, la politica è quella del non intervento, che ha motivato nella emergenza in atto la teoria della c.d. immunità di gregge; b) quella utilitaristica, fondata sul raggiungimento del miglior risultato per il maggior numero di persone, a parità di spesa, privilegiando il paziente con maggiori prospettive di recupero e conseguente emarginazione dei più deboli. Per questo la discussione in ordine all'“ageismo”, vale a dire una discriminazione in base all'età; c) quella fondata sulla eguaglianza delle persone, nella assegnazione di diritti e di doveri e nella compensazione a favore di coloro che si trovano in situazione disagiata. Unico criterio di scelta

⁷⁸ A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in [Nomos](#) 1/2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali*, cit.

⁷⁹ M. LUCIANI, [Il sistema delle fonti](#), cit.

⁸⁰ A. RUGGERI, [Il Coronavirus](#), cit.

⁸¹ A. D'ALOIA, *L'art. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei “propri confini”*, in [Dirittifondamentali.it](#), 18 ottobre 2020.

⁸² L. PALLAZZANI, *La pandemia Covid-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in [BioLaw Journal, Rivista di Biodiritto](#), 1/2020.

quindi è quello oggettivo della valutazione medica, caso per caso, della condizione clinica e della presumibile efficacia del trattamento, secondo criteri di proporzionalità ed adeguatezza.

Senza poter svolgere considerazioni che richiederebbero ben altro approfondimento, non certo possibile in questa sede, ritengo che i principi costituzionali, fondati sulla eguaglianza, con divieto di discriminazione per condizioni personali e sulla centralità del valore della dignità della persona conducano senza dubbio a ritenere più conforme la terza delle teorie riassunte.

Con riguardo alla emergenza sanitaria in corso la Società italiana di anestesia analgesia riabilitazione e terapia intensiva (SIAARTI) ha pubblicato in data 6 marzo 2020 un documento contenente “raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”⁸³, il quale pare prevalentemente ispirato dalla teoria fondata sulla eguaglianza delle persone.

Due ulteriori aspetti particolari sono emersi con riferimento al diritto alla salute: la situazione dei malati non da Covid-19, i quali si sono visti impossibilitati a fruire dei normali servizi sanitari, a dover rinviare *sine die* interventi chirurgici da tempo programmati, ponendo in questo caso la necessità di un bilanciamento tra malati affetti da Covid ed altri malati, pure essi bisognosi di cure. L’altro aspetto riguarda invece i disabili, i quali in certi casi si sono visti interrompere i normali servizi sanitari e, se affetti da Covid-19, sono stati postergati alle persone, affette dallo stesso virus, ma prive di complicazioni ulteriori, alle quali è stata data priorità, stante la situazione di superaffollamento degli ospedali.

Altra libertà sulla quale si è svolta una ampia discussione è stata la *libertà religiosa e di culto* rispetto alla quale, come è stato scritto, chiara è stata la prevalenza data alla *salus corporum* rispetto alla *salus animarum*⁸⁴.

La normativa emergenziale ha disposto la sospensione delle cerimonie religiose, degli eventi a carattere religioso in luoghi pubblici e privati, l’apertura degli edifici di culto, purchè siano evitati assembramenti e garantito il distanziamento tra le persone.

Alcuni fra i problemi interpretativi che si sono posti:

a) la conciliazione tra i limiti alla circolazione e l’apertura dei luoghi di culto. Logica vorrebbe che, al pari di quanto previsto per le farmacie o i supermercati, allorché un luogo è aperto al pubblico vi sia anche la possibilità di recarvisi, ma questo ha forse fatto pensare ad una troppo comoda scusa per sottrarsi alle limitazioni alla circolazione e quindi la scelta ha abbandonato la logica. Il ministro dell’interno ha chiarito che l’accesso alla chiesa è ammesso solo se ciò avvenga in occasione di spostamenti giustificati da altre ragioni: solo chi ha la fortuna di trovarsi la chiesa per strada può entrare a pregare;

b) se la messa debba farsi rientrare tra le “attività religiose” sospese oppure debba essere distinta in quanto “funzione” religiosa. La conferenza episcopale si è espressa nel primo senso e la Direzione centrale degli affari dei culti ha precisato, a proposito di logica, che le celebrazioni liturgiche “non sono di per sé vietate, ma possono continuare a svolgersi senza la partecipazione dei fedeli”. Giusta la critica: o sono cerimonie e quindi sempre vietate oppure sono consentite, nel rispetto delle misure precauzionali⁸⁵;

c) il necessario bilanciamento tra tutela della salute e libertà di culto. Sul piano sostanziale chiaramente e credo correttamente è stata data la prevalenza alla prima, ma ci potremmo interrogare se sia stata altresì tenuta nel debito conto la finalità di salvaguardare il nucleo essenziale della

⁸³ B. BRANCATI, *L’integrazione tra scienza e diritto, in relazione all’ammissione ai trattamenti di terapia intensiva durante l’emergenza Covid-19*, in E. Malfatti (cur.), *Scienza, tecnologia e forme di produzione giuridica*, in [DPCE Online](#), fasc. 3/2020.

⁸⁴ A. LICASTRO, *Il “lockdown” della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in questa *Rivista*, 1/2020, 229 ss.

⁸⁵ A. LICASTRO, *Il “lockdown”*, cit.; M. MICHETTI, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell’emergenza sanitaria Covid-19*, in [Dirittifondamentali.it](#), 23 maggio 2020, fasc. 2/2020.

seconda, sembrando quasi che la si sia ritenuta come qualcosa di cui si può tranquillamente fare a meno⁸⁶.

Sul piano procedurale è stata lamentata una gestione esclusivamente governativa senza alcun coinvolgimento delle autorità religiose, così a seguito della decisione unilaterale di consentire le celebrazioni funebri limitando la presenza ad un numero massimo di 15 persone, vi è stata una forte protesta da parte della Conferenza episcopale, che ha portato ad un mutamento di strategia. In data 7 maggio 2020, è stato infatti approvato un Protocollo che indica nel dettaglio le regole per l'accesso ai luoghi di culto, rimettendo la possibilità di conformare la partecipazione dei fedeli alla effettiva capacità di accoglienza di ciascun edificio⁸⁷.

Anche il *diritto all'istruzione* rientra tra quelli che sono stati coinvolti dalla normativa emergenziale anti Covid-19 con particolare riguardo alla decisione di chiudere le scuole di ogni ordine e grado e le Università, sostituendo le attività in presenza con lezioni da remoto *online*.

Il principale problema emerso è stato quello relativo all'utilizzo ed all'accesso allo strumento informatico, dal momento che non tutti i docenti possono ritenersi educati ad una didattica a distanza e soprattutto non tutti gli studenti hanno l'utilizzo dello strumento, specie in famiglie con più figli e semmai con uno o due genitori impegnati con le modalità di lavoro "agile".

In generale, specie con lo sguardo rivolto al dopo pandemia, non dovrà essere sottovalutata l'importanza, per la formazione ed educazione degli studenti, della attività in comune e del rapporto fisico, guardando alla scuola soprattutto come luogo di sviluppo della personalità⁸⁸.

Anche l'esperienza che abbiamo avuto nelle Università con esami e lezioni *online* non è stata, almeno per quanto possa valere la mia esperienza personale, affatto soddisfacente, dal momento che, ad esempio, non è sempre agevole garantire la serietà della verifica, stante le possibili (strategiche?) interruzioni di connessione, la presenza occulta di alcuni suggeritori o quanto altro, come ben conoscono i colleghi.

Per le lezioni da remoto sono consapevole della assoluta necessità di operare in tal senso nel periodo della emergenza, quanto della necessità di tornare al più presto alla "normalità", secondo le linee indicate dal ministro per l'Università, attraverso un'attività in presenza "mista", con rotazione degli studenti presenti e le molte altre soluzioni in questi giorni sperimentate. La cosa da evitare è che l'ipotesi di lezioni a distanza continui anche dopo, semmai in parte o per seminari o altro, una modalità certamente non disdegnata da quanti hanno ritenuto certamente più comodo poter far lezione dalla propria abitazione o dal proprio studio professionale.

Le lezioni in presenza ritengo siano essenziali per la formazione degli studenti, trasformare l'esperienza universitaria in una serie di incontri virtuali significherebbe la fine di una università quale quella che abbiamo fino ad oggi conosciuto, trasformando i nostri corsi di laurea in corsi a distanza, come accade nelle università telematiche.

Per comprendere dove conduce questa esperienza, potremmo pensare di registrare le lezioni e di metterle a disposizione degli studenti che potrebbero ascoltarle quando e come vogliono e semmai sentirle di nuovo per le parti risultate meno chiare. Dove sta infatti la ragionevolezza nel doversi collegare ogni giorno, tutti insieme ed ad orario prefissato, quando la lezione è *online*?

Il docente potrebbe allora preparare, semmai durante le vacanze estive, una registrazione dell'intero corso e poi metterlo a disposizione degli studenti. Certamente avrebbe il pregio di dare al docente la possibilità di rivedere ed eventualmente correggere la sua lezione.

Quale senso avrebbe mantenere la distinzione di un corso in A, B e C, realizzata per porre un limite al numero massimo degli studenti di un corso? Se la lezione è *online* i corsi dovrebbero all'evidenza essere unici, perdendo di senso la distinzione, con evidente beneficio economico e senza nulla togliere al servizio offerto agli studenti, che anzi potrebbero giovare del fatto che certamente il corso sarà

⁸⁶ A. LICASTRO, *Il "lockdown"*, cit.

⁸⁷ M. MICETTI, *La libertà religiosa*, cit.

⁸⁸ G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio costituzionale*, 2 giugno 2020, fasc. 3/2020

assegnato al docente più preparato fra i due-tre-quattro fra cui è attualmente ripartito il corso, in ragione del numero degli studenti e secondo l'ordine alfabetico del loro cognome.

A proposito della incidenza della normativa emergenziale sui procedimenti giurisdizionali, e quindi anche sul *diritto di difesa*, abbiamo già parlato (v. *retro*, par. 7), adesso vorrei limitarmi solo a ricordare una vicenda particolare, strettamente collegata con l'emergenza in corso.

La Fondazione Luigi Einaudi aveva chiesto alla presidenza del Consiglio dei ministri di poter avere accesso ai verbali relativi ai pareri resi dal Comitato tecnico scientifico sulla cui base erano poi stati approvati i d.p.c.m. La presidenza ha negato l'accesso in quanto trattavasi di "atti della pubblica amministrazione diretti alla emanazione di atti normativi generali e contro tale decisione la Fondazione ha fatto ricorso al giudice amministrativo, rilevando come la mancata conoscenza dei pareri avrebbe inciso sulla garanzia del diritto di difesa e sulla possibilità di un controllo politico-democratico.

Il TAR Lazio ha accolto il ricorso, rilevando come alla richiesta di accesso fossero state opposte solo ragioni di carattere formale e non sostanziale, non sulla base cioè di motivi oggettivi di segretezza o di riservatezza a tutela di prevalenti interessi pubblici.

La presidenza ha presentato appello al Consiglio di Stato, il quale ha sospeso la decisione del TAR, ponendo il rilievo le particolarità del caso: verbali come presupposto di misure volte a limitare diritti fondamentali; pareri riferiti a periodi e condizioni ormai superati; l'accesso "civico" non consentito per atti atipici.

La dottrina ha espresso un giudizio negativo, sottolineando la violazione palese del principio di trasparenza⁸⁹ e ricorrendo altresì ad espressioni davvero molto, forse eccessivamente, severe quali "vicenda davvero imbarazzante", che c'è da augurarsi "non succeda mai più"⁹⁰.

La Presidenza ha poi deciso di rivedere la propria posizione, di aderire alle richieste della Fondazione e di desegretare in data 5 agosto 2020 i verbali del Comitato tecnico scientifico.

Un ampio dibattito, tuttora in corso, ha suscitato la decisione di realizzare, allo scopo di ridurre gli effetti della diffusione del virus e come già sperimentato in Corea del sud, una apposita app (App. Immuni) per il monitoraggio del contagio; allo scopo il ministro per l'innovazione tecnologica ha nominato un gruppo di 74 esperti.

La vicenda ha fatto discutere in ordine alla possibile lesione (o alla previsione di meccanismi atti ad evitarla) del *diritto alla riservatezza*.

Mentre alcuni hanno sostenuto che la tutela della *privacy* in questo caso non viene minimamente in considerazione, essendo utile sapere se lo Stato può tracciare i movimenti delle persone, mentre poca o nessuna rilevanza ha il problema se lo stesso è in grado di difendere questi dati nei confronti di soggetti terzi⁹¹, altri hanno ritenuto falsa l'alternativa tra tutela della salute e della riservatezza, non essendovi tra i due un rapporto di esclusione, ma solo un necessario bilanciamento (Colapietro-Iannuzzi).

Sulla conformità della App Immuni ai principi costituzionali, la maggioranza dei commentatori ha ritenuto che, ad evitare il contrasto con la Costituzione, la sua applicazione debba essere facoltativa, anche se altri hanno affermato che si potrebbe anche passare alla obbligatorietà, in caso di scarsa accettazione, in applicazione dei principi costituzionali di solidarietà (art. 2) e di tutela della salute (art. 32) ed altresì per evitare disparità di trattamento tra chi aderisce e chi non fa⁹².

Al momento in cui scrivo (29 agosto 2020) la diffusione della App Immuni è assai bassa (circa il 15%) e per alcuni ciò è dovuto anche alla presenza di app regionali⁹³.

⁸⁹ C. DELLA GISTINA, *Il Consiglio di Stato riforma la sentenza del T.a.r. e ammette l'opposizione del segreto sui verbali del Comitato tecnico scientifico*, in Dirittifondamentali.it, 5 agosto 2020.

⁹⁰ M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Che non succeda mai più*, in Questione Giustizia, 31 luglio 2020.

⁹¹ M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Che non succeda mai più*, cit.

⁹² C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *App di "contact tracing" e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in Dirittifondamentali.it, 10 giugno 2020, fasc. 2/2020.

⁹³ G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La "concorrenza"*, cit.

Anche i diritti politici sono stati coinvolti dalla normativa emergenziale e, oltre ai già ricordati diritti di riunione o di manifestazioni pubbliche, ha riguardato pure il più classico dei diritti politici, ossia il *diritto di voto*.

La vicenda riguarda in particolare l'avvenuto rinvio delle votazioni per il referendum costituzionale oppositivo avente ad oggetto la proposta di revisione costituzionale approvata dal parlamento e relativa alla riduzione del numero dei parlamentari, nonché delle votazioni per le elezioni amministrative per il rinnovo dei consigli di alcune regioni e comuni.

Per il referendum dapprima il governo ha revocato il decreto di indizione della votazione, poi ha allungato il termine per l'indizione stessa (art. 81 d.l. 18/2020), mentre per le elezioni amministrative il d.l. 26/2020 ha rinviato le votazioni fissate a primavera.

Una parte della dottrina ha ritenuto di individuare nei suddetti provvedimenti una eccessiva prevalenza riconosciuta alla tutela della salute rispetto al diritto di voto⁹⁴, sottolineando altresì che garantire le elezioni a scadenze elettorali precise è requisito essenziale per ogni democrazia⁹⁵. A questi rilievi è stato contrapposto, in maniera a mio giudizio convincente, che non è tanto aver accordato prevalenza al diritto alla salute, quanto aver cercato di garantire anche, e forse soprattutto, il diritto al voto, quale voto consapevole ed informato⁹⁶; condizioni difficilmente realizzabili in un momento in cui le persone sono obbligatoriamente chiuse nelle loro abitazioni e certamente prese da problemi personali altri rispetto alla riduzione del numero dei parlamentari o al rinnovo dei consigli regionali.

Un acceso dibattito ha poi suscitato la decisione di fissare una unica data (*election day*) per entrambe le votazioni. Il d.p.r. 17 luglio 2020, sulla base di quanto previsto dal d.l. 26/2020, ha infatti stabilito che le elezioni si svolgessero in due giorni (20 e 21 settembre 2020) e di far coincidere le date del referendum con quelle delle elezioni amministrative “in considerazione di esigenze di contenimento della spesa anche connesse alle misure precauzionali individuate per la tutela della salute degli elettori e dei componenti di seggio”.

L'accorpamento è stato criticato da quanti hanno sostenuto che la normativa elettorale prevede che siano accorpate le votazioni su differenti referendum che si tengono nello stesso anno, così come per elezioni amministrative e politiche, mentre il principio opposto (non accorpate) deve valere per le votazioni referendarie e per quelle politiche⁹⁷, stante la diversa logica istituzionale che sta alla base delle stesse e che potrebbe produrre inopportuni inquinamenti. In un caso il corpo elettorale è chiamato ad opporsi ad una scelta fatta dal parlamento ponendo in essere un istituto di democrazia diretta che potrebbe smentire la scelta e sul punto la rappresentatività del parlamento, nell'altro la logica è chiaramente nel senso della realizzazione della democrazia rappresentativa. Si potrebbe anche sostenere che la partecipazione al voto referendario potrebbe subire conseguenze, almeno in senso quantitativo, dovute all'effetto di traino derivante dalla compresenza nello stesso seggio delle elezioni amministrative, specie nella considerazione che solo una parte limitata del territorio nazionale è interessato da queste ultime.

Anche sulla base di alcune di queste argomentazioni, il comitato promotore del referendum sul taglio dei parlamentari ha sollevato un conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale in ordine alla decisione dell'*election day* per la diversa natura delle elezioni politiche rispetto a quelle referendarie. La Corte costituzionale in questi giorni ([ord. 13 agosto 2020, n. 195](#)) ha risolto il conflitto con una decisione processuale di inammissibilità, ritenendo che il comitato promotore, nel sollevare il conflitto, avrebbe agito fuori dalle funzioni ad esso spettanti. In realtà la Corte non ha mancato di svolgere alcuni rilievi sul merito, rilevando ad esempio che la scelta della data delle elezioni rientra nel potere discrezionale ed insindacabile del governo, che dall'accorpamento non

⁹⁴ A. PERTICI, *Gli effetti della pandemia*, cit.

⁹⁵ N. LUPO, *L'attività parlamentare*, cit.

⁹⁶ V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in [Osservatorio costituzionale](#), 24 marzo 2020, fasc. 3/2020.

⁹⁷ V. DE SANTIS, *Il voto*, cit.

deriva alcun pregiudizio per la votazione referendaria e che la eventuale incidenza sulla affluenza alle urne sarebbe di per sé irrilevante, dal momento che per il referendum costituzionale, a differenza di quello abrogativo, non è previsto un *quorum* di validità.

Come indicato nella premessa a questo saggio, la incidenza della pandemia sulle istituzioni e sui diritti delle persone non può non dipendere dalla situazione di partenza, ossia dalle condizioni in cui vivono le istituzioni e dal grado di tutela riconosciuto ai diritti. E' per questo che la emergenza da Covid-19 in alcuni casi non ha fatto altro che portare a maggiore evidenza aspetti e problemi presenti, già noti e non risolti, questo è il caso della situazione della donna nella società, degli stranieri e dei detenuti.

Per quanto riguarda la *condizione femminile*, correttamente Marilisa D'Amico⁹⁸ sottolinea come la crisi in atto sia destinata a pesare moltissimo sulla condizione della donna, a seguito della chiusura delle scuole, la necessità di seguire i figli e la famiglia, di svolgere a casa il "lavoro agile". Sono poi poste in rilievo anche le conseguenze negative per gli atti di violenza domestica, aumentati in questi giorni o derivanti dalla chiusura o ingolfamento delle strutture sanitarie che rendono assai più difficoltosa la possibilità di interruzione volontaria della gravidanza nelle strutture pubbliche.

Un problema, quello della non sufficiente attenzione alla condizione femminile, che certamente non aveva bisogno della emergenza da Covid-19 per essere conosciuto e che però ha avuto modo di essere platealmente dimostrato dalla assenza femminile tra il personale tecnico facente parte delle varie commissioni ministeriali. La cosa è risultata di tal evidenza che, al fine di garantire una rappresentanza di genere, il presidente del consiglio ha integrato (12 maggio 2020) il comitato di esperti diretto da Vittorio Colao con 5 donne ed allo stesso modo il Capo della protezione civile ha integrato il Comitato tecnico-scientifico con 6 donne.

Con specifico riguardo al "lavoro agile", per il quale sono state coinvolte molte donne lavoratrici, mi pare degno di considerazione, con riguardo principalmente al "dopo emergenza", il suggerimento a non normalizzare questa modalità, cui molte donne potrebbero essere portate allo scopo di poter meglio conciliare i propri impegni sul lavoro e nella famiglia. Essa infatti potrebbe determinare una situazione di solitudine e di debolezza della lavoratrice, con dilatazione del tempo-lavoro rispetto al tempo-vita⁹⁹.

Anche la condizione degli *stranieri* ha inevitabilmente subito un aggravamento a seguito della emergenza sanitaria, basti solo pensare alla chiusura degli uffici pubblici, alla organizzazione del soccorso sanitario o alla dubbia possibilità di proseguire nel trattenimento nei centri.

Tra le misure specifiche, conseguenti al Covid-19, da segnalare il decreto interministeriale 7 aprile 2020 il quale ha stabilito che, fino al 31 luglio 2020, tutti i porti italiani sono da considerare, a seguito dell'emergenza sanitaria, "porto non sicuro" ai fini dello sbarco degli stranieri salvati in mare. Il provvedimento è stato considerato¹⁰⁰) di dubbia legittimità, dal momento che viene data una definizione generale, relativa a tutti i porti, mentre nel diritto internazionale la nozione di porto sicuro deve essere valutata di volta in volta e con riguardo al caso concreto.

Come detto la pandemia ha fatto emergere o reso più evidenti problemi da tempo irrisolti, come nel caso di specie certamente quello della regolarizzazione dei lavoratori migranti, aggravato dai decreti sicurezza. Per Bonetti la pandemia potrebbe essere ritenuto motivo legale (art. 20 d.lgs. 286/1998) per legittimare la regolarizzazione di tutti gli stranieri che si trovano in Italia in situazione di soggiorno irregolare.

⁹⁸ M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2020

⁹⁹ A. ALGOSTINO, *Covid-19*, cit.

¹⁰⁰ P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in [Federalismi.it](#), 20 maggio 2020.

Termino con un riferimento alla condizione dei *detenuti e delle carceri*, che sconta una drammatica situazione di partenza, caratterizzata dal sovraffollamento carcerario, per cui la situazione di emergenza da Covid-19 ha mostrato, come è stato scritto, “il carcere reale”¹⁰¹.

La normativa emergenziale ha disciplinato alcuni aspetti specifici della vita carceraria, nella consapevolezza della difficoltà di combattere la diffusione del virus in un ambiente particolare come il carcere.

È stata quindi dettata una disciplina limitativa con riguardo agli ingressi, ai colloqui con i parenti, al lavoro inframurario, al ricevimento di pacchi dall'esterno, alla situazione di semilibertà. Ciò ha causato violente proteste e sommosse all'interno delle carceri, con morti tra i detenuti.

Il bilanciamento tra la tutela della salute dei detenuti ed il mantenimento del trattamento punitivo ha condotto alla emanazione da parte dei giudici di sorveglianza di provvedimenti con cui sono stati riconosciuti alcuni benefici, fra i quali gli arresti domiciliari. La cosa ha suscitato una forte reazione da parte di alcune forze politiche, soprattutto allorché tali misure sono state riconosciute a detenuti per reati di mafia o sottoposti al trattamento speciale dell'art. 41-*bis*, causa la gravità dei reati commessi.

Giustamente si è parlato in proposito di “populismo carcerario” (D'Amico) per definire la posizione di quanti, in contrasto con i principi della Costituzione, ritengono i detenuti soggetti privi della titolarità di diritti.

Tra i benefici riconosciuti ai detenuti, a seguito della emergenza sanitaria, ha giustamente suscitato critiche (Lorenzetti) la previsione secondo cui l'accesso alle misure di detenzione domiciliare è consentito solamente a coloro che hanno la disponibilità di un “alloggio idoneo”, determinando ciò una discriminazione a danno proprio di chi soffre di una condizione di maggiore fragilità sociale.

¹⁰¹ A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in [Osservatorio costituzionale](#), 7 aprile 2020, fasc. 3/2020.

Alessandra Mazzola

Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato” *

ABSTRACT: *After two years since the Cappato case ordinance, the Constitutional Court returns to use the (unpublished) procedural technique of the established but undeclared order of unconstitutionality. The contribution aims to analyse the connections and the differences between Ordinance Nr. 207 of 2018 and Nr. 132 of 2020. Finally, the Author wonders about the consequences that might be caused by the use of these types of orders by the Constitutional Court, with a reflection on the risk of "politicization" of the Court itself.*

SOMMARIO: 1. Il contenuto dell'[ordinanza n. 132 del 2020](#). – 2. Una tecnica decisoria che si ripete. – 2.1. ...e l'uso dei poteri di gestione del processo costituzionale. – 3. Le possibili conseguenze dell'“interventismo” della Corte costituzionale.

1. Il contenuto dell'[ordinanza n. 132 del 2020](#).

L'[ordinanza n. 132 del 2020](#) della Corte costituzionale affronta la questione sollevata dal Tribunale ordinario di Salerno (ordinanza n. 140 del r.o. 2019) e dal Tribunale ordinario di Bari (ordinanza n. 149 del r.o. 2019) circa la valutazione dell'incostituzionalità degli articoli 595 del codice penale e 13 della l 8 febbraio 1948, n. 47 (*Disposizioni sulla stampa*) per la parte in cui prevedono la pena della reclusione, alternativa o cumulativa alla multa, per il soggetto ritenuto responsabile del delitto di diffamazione aggravata a mezzo stampa.

I tribunali rimettenti hanno sollevato la questione di costituzionalità in relazione agli articoli 3, 21, 25 e 117, comma primo della Costituzione; quest'ultimo in relazione all'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) anche per come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)¹. La Corte costituzionale, oltre a richiamare la giurisprudenza della Corte EDU con un chiaro invito al legislatore a determinarsi in questo senso, ricorda che diversi documenti degli organi politici del Consiglio d'Europa raccomandano agli Stati la rinuncia alle sanzioni detentive per il delitto di diffamazione, così da garantire la libertà di espressione dei giornalisti e il diritto all'informazione dei cittadini. Tra questi atti particolare rilievo assume la *Dichiarazione sulle libertà dei dibattiti politici nei media* adottata dal Comitato dei ministri il 12 febbraio 2004; analogamente la Risoluzione del 4 ottobre 2007, n. 1577 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha sottolineato il ruolo fondamentale dell'informazione per tutti gli Stati democratici, specialmente con riferimento a dibattiti di rilievo e interesse pubblico².

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Il riferimento è alla Sentenza della Grande Camera del 17 dicembre 2004, *Cumpn e Mazre c. Romania* con cui la Corte EDU ha riconosciuto che la pena non sospesa pari a sette mesi di reclusione inferta a due giornalisti interferisse oltremisura nel (loro) diritto alla libertà di espressione che il primo paragrafo dell'art. 10 CEDU tutela. La Corte ricorda una propria precedente pronuncia (sentenza 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*) con la quale ha dichiarato che la stampa ha il ruolo di «cane da guardia» della democrazia (§ 39) e che se gli Stati membri possono autonomamente e perciò liberamente disciplinare l'esercizio della libertà di espressione a mezzo stampa, non possono tuttavia «farlo in una maniera che indelebilmente dissuade i media dallo svolgimento del loro ruolo di segnalare all'opinione pubblica casi apparenti o supposti di abuso dei pubblici poteri» (§ 113). Infatti, ad avviso della stessa Corte «l'imposizione di una pena detentiva per un reato a mezzo stampa è incompatibile con la libertà di espressione dei giornalisti, garantita dall'art. 10 della Convenzione, soltanto in circostanze eccezionali» e cioè quando si verifichi «la diffusione di discorsi d'odio o di istigazione alla violenza» (§ 115). Tali principi sono stati costantemente ribaditi dalla giurisprudenza della Corte EDU, cfr. *ex multis* sentenza 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*; sentenza 24 settembre 2013 *Belpietro c. Italia*; Sentenza 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*.

² Cfr. Corte costituzionale, [ordinanza n. 132 del 2020](#), § 6 *Cons. dir.*

Il Giudice costituzionale nella prima parte dell'ordinanza si cimenta a esplicitare la natura della libertà di manifestazione del pensiero quale principio consustanziale a uno Stato moderno, democratico e di diritto; ricorda che è un diritto fondamentale, «coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione» ([sent. 11/1968](#), § 3 *Cons. dir.*), «pietra angolare dell'ordine democratico» ([sent. 84/1969](#), § 5 *Cons. dir.*)³, oltre che «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» ([sent. 162/1985](#), § 6 *Cons. dir.* ma anche [sent. 206/2019](#)). Non è un caso infatti se nella prima sentenza della sua storia, la [n. 1 del 1956](#), la Consulta ha pronunciato l'illegittimità costituzionale di una disposizione proprio perché in contrasto con l'articolo 21 della Costituzione.

La Corte sottolinea l'importanza per il nostro ordinamento della libertà di manifestazione del pensiero e dunque della libertà di stampa, cui consegue il diritto all'informazione dei cittadini, «i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale» ([sent. 112/1993](#), § 7 *Cons. dir.*, nonché [sentt. 155/2002](#) e [206/2019](#)). Se da un lato l'attività del giornalista deve essere «salvaguardata contro ogni minaccia o coartazione, diretta o indiretta» ([sent. 172/1972](#), § 6 *Cons. dir.*) che possa metterne in pericolo il regolare svolgimento, d'altro lato tale esercizio deve essere «bilanciato con altri interessi e diritti, parimenti di rango costituzionale, che ne segnano i possibili limiti» ([ord. 132/2020](#), § 7 *Cons. dir.*). Tra questi rientra, non v'è dubbio, il diritto alla reputazione⁴, declinato anche nella forma del diritto alla dignità della persona, che rischia di subire una lesione qualora vengano diffusi addebiti fasulli sul proprio conto o fatti di interesse esclusivamente privato⁵.

Il Giudice delle leggi con l'ordinanza in commento evidenzia che il bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto a essere informati, da un lato, e la tutela della propria reputazione, dall'altro lato, è esposto a mutamenti a seguito dell'evolversi della società oltre che dei potenti mezzi tecnologici e di comunicazione di cui oggi disponiamo (§ 7.3 *Cons. dir.*). Per tali ragioni la Consulta afferma che oggi è «necessaria e urgente una complessiva rimediazione del bilanciamento» (§ 7 *Cons. dir.*) tra i diritti in gioco.

2. Una tecnica decisoria che si ripete.

L'[ordinanza n. 132 del 2020](#) – che «si scrive ordinanza, ma si legge sentenza»⁶ – si inserisce nel solco inaugurato con la nota [ordinanza n. 207 del 2018](#) con cui la Corte costituzionale ha dato vita a un nuovo meccanismo procedurale tale per cui, in virtù di «una pronuncia complessa e poliedrica»⁷ «la Corte decide (al momento) di non decidere»⁸. V'è tuttavia da sottolineare che nel caso in esame il Giudice costituzionale è intervenuto «con maggiore accortezza ed un linguaggio più paludato»⁹ rispetto all'ordinanza pronunciata in occasione del caso Cappato. Invero, esso giunge al dispositivo passando per un ragionamento ricco di richiami giurisprudenziali, specie in ordine alla giurisprudenza EDU.

³ Analogamente la [sentenza n. 1 del 1981](#) con cui il Giudice costituzionale ricorda che la libertà di stampa è fondamentale per il funzionamento di un sistema democratico.

⁴ Diritto compreso nel novero di quelli inviolabili ai sensi dell'art. 2 Cost.; in questo senso, *ex plurimis*, Corte costituzionale, [sentt. nn. 38 del 1973](#); [86 del 1974](#); [379 del 1996](#) e [37 del 2019](#). Principio consustanziale altresì al diritto alla vita privata tutelato dall'art. 8 CEDU (v. *ex multis* Corte EDU, sentenza del 6 novembre 2018, *Vincent dal Campo c. Spagna*) e che è sancito anche dall'art. 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (New York, 1966).

⁵ In questo senso, cfr. Corte costituzionale, [sentenza n. 265 del 2014](#).

⁶ 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, 1.

⁷ C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 7 giugno 2019, 2.

⁸ U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'*, cit., 3.

⁹ A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato \(nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020\)](#), in questa [Rivista](#), 2020/II, 406.

Gli aspetti che paiono confermare la nascita di una nuova tecnica decisoria in seno alla Corte costituzionale sembra possano individuarsi nell'articolazione interna tipica delle sentenze (ovvero nella divisione in *Ritenuto in fatto* e *Considerato in diritto*); nella posticipazione di un anno della decisione, cui si collega la sospensione dei giudizi *a quibus*. Sono, queste, caratteristiche del tutto coincidenti con l'ordinanza primigenia del tipo in commento¹⁰.

Nel dettaglio, il Giudice costituzionale si è pronunciato con un'ordinanza che ha tutto l'aspetto della sentenza non solo per la divisione interna ora richiamata, ma anche perché la motivazione è feconda di contenuti, diversamente da quanto prescrive l'articolo 18 della l. n. 87 del 1953¹¹. Con tale nuova impostazione decisoria la Corte si occupa ampiamente della questione, tanto è vero che si esprime «riconoscendo pur non (ancora) dichiarando la parziale illegittimità costituzionale»¹².

Come anticipato, la pronuncia della sentenza è stata fissata per il 22 giugno 2021 mediante un rinvio a data fissa e non a nuovo ruolo¹³. In questo modo la Consulta «non si limita ad immettere una nuova *issue* nell'agenda del legislatore, ma vi aggiunge anche la precisazione del *quando*»¹⁴, sebbene non sembri del tutto corretto parlare di un vero e proprio rinvio, posto che le questioni di legittimità costituzionale che essa dichiara di affrontare nell'udienza fissata per l'anno venturo, a ben vedere, «sono già state *trattate* ed in maniera approfondita»¹⁵. Infatti, nella motivazione dell'ordinanza il Giudice delle leggi ha argomentato, benché non esplicitamente (ma neppure troppo velatamente) nel senso dell'illegittimità della normativa impugnata¹⁶.

D'altro canto, sembra possibile ritenere che nel caso di specie il rinvio trovi giustificazione in due differenti – ancorché collegati – ordini di ragioni. In primo luogo, l'obiettivo dichiarato dalla Corte è quello di lasciare al legislatore un discreto margine d'intervento cosicché disponga del tempo necessario per ricondurre nell'alveo della costituzionalità la disciplina normativa relativa ai reati di diffamazione a mezzo stampa. In secondo luogo, la ragione è da ravvisarsi nel fatto che, qualora dovesse decorrere infruttuosamente il periodo di tempo lasciato al legislatore, la Corte potrà riassumere automaticamente il processo e pronunciarsi definitivamente, senza dover attendere che nel corso di un altro giudizio venga sollevata la questione di costituzionalità.

Viepiù che rinviando la pronuncia della sentenza di un anno il rischio è che la norma sostanzialmente (ma non formalmente) dichiarata incostituzionale non venga espunta dall'ordinamento e dunque esponga, *medio tempore*, gli imputati all'applicazione di un trattamento sanzionatorio considerato non conforme alla Costituzione¹⁷. Ancora, un'ordinanza di questa portata presenta problematiche relative a valori e principi costituzionali di assoluta rilevanza, specialmente

¹⁰ Come ha osservato 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 giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 644 «il successo o l'insuccesso della singola tipologia decisoria [...] dipende in larga parte dalla “risposta”, in termini di “seguito”, del legislatore e dei giudici». Su quest'aspetto si veda anche ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 92 ss.

¹¹ All'ultimo comma prescrive che «le ordinanze sono succintamente motivate».

¹² A. APOSTOLI, *Ancora qualche osservazione in tema di fine vita (sperando che la Corte non esiti oltre)*, in AA.VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale*, Firenze, 2019, 105. E, *ivi*, F. BIONDI, *Tra soluzione processuale e merito delle questioni: quale pronuncia possiamo attenderci*, 22 afferma che il dispositivo «contiene “solo” un rinvio della trattazione e nessuna decisione sul merito. Tuttavia, [...] la Corte si è anche già in parte espressa sul merito della questione».

¹³ Quest'ultimo rinvio sarebbe disposto con decreto del Presidente del collegio.

¹⁴ P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 2019/II, 372. Viceversa, V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 305 riteneva che «non spetta alla Corte, se non entro limiti determinati, stabilire *quando* occuparsi di un determinato tema».

¹⁵ R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2020, 105

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sebbene nell'[ordinanza n. 132 del 2020](#) il Giudice delle leggi pare esortare i giudici a valutare attentamente i casi pendenti, onde evitare che nelle more del giudizio di costituzionalità venga applicata la normativa che, presumibilmente, sarà censurata.

quando il giudizio da cui è sorta la questione è di matrice penale. Infatti, la sospensione del giudizio di costituzionalità – che si presenta quale sospensione di “secondo grado”¹⁸ – pone la questione del (mancato) rispetto del principio di ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma Cost.) in capo a colui che attende un verdetto di assoluzione o di condanna¹⁹.

Con la pronuncia che si commenta, forse ancor più che nel caso Cappato, la Consulta insiste sull’imprescindibile ruolo del legislatore – che «è meglio in grado di disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco» (§ 8 *Cons. dir.*) –, cui spetterebbe in via esclusiva il compito di assicurare un adeguato bilanciamento dei diversi e numerosi interessi in rilievo (libertà di manifestazione del pensiero, diritto a essere informati, diritto alla tutela della propria reputazione). L’auspicato intervento del legislatore sembra costituire «*causa prima ed obiettivo principale* dell’ordinanza di rinvio»²⁰ e dunque anche della scansione temporale del pronunciamento. Cionondimeno, la Corte tiene a sottolineare che è ben conscia del ruolo e del compito che la Costituzione le affida, ovvero constatare «la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore» (§ 8 *Cons. dir.*) sia in relazione alla Carta, sia con riferimento ai diritti sanciti dalle Carte dei diritti sovra e internazionali cui la Repubblica italiana ha aderito.

L’intenzione del Giudice delle leggi, non potendo procedere a “rime obbligate”²¹, non è dunque quella di sottrarsi al suo compito istituzionale, viceversa dà prova del fatto che, «rispetto alle possibilità di intervento di cui dispone il legislatore sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi» in suo possesso (§ 8 *Cons. dir.*). Non volendo incorrere nel rischio di dar vita, con una pronuncia di accoglimento, a un *vulnus* nell’ordinamento – atteso che potrebbero verificarsi lacune nelle tutele dei diritti considerati – la Consulta esorta il legislatore, «in uno spirito di leale collaborazione istituzionale» (§ 8 *Cons. dir.*), affinché intervenga con una disciplina normativa che abbia riguardo all’evoluzione della società e alla copiosa giurisprudenza che essa stessa ha richiamato. Il Giudice costituzionale, com’è noto, non può introdurre nell’ordinamento i principi desunti e dichiarati dalla Corte EDU, né può procedere agli “aggiornamenti legislativi” cui fa riferimento in motivazione²², al contrario (deve) lascia(re) ampio spazio al potere decisionale del legislatore nel più assoluto rispetto dello spirito di leale collaborazione fra gli organi costituzionali²³. Non solo, la Consulta, pur riconoscendo la discrezionalità del legislatore negli essenziali bilanciamenti tra diritti e posizioni giuridiche coinvolte, vedendolo, come dire, arrugginito nel realizzare tale opera di aggiornamento, si premura di «suggeri[rgli] tempi, modi e luoghi

¹⁸ Con ciò a dire che oltre alla sospensione del giudizio dal quale è scaturita, in via incidentale, la questione di legittimità costituzionale e che, com’è noto, è sospeso sino al pronunciamento della Corte costituzionale, si registra un’ulteriore sospensione, ovvero quella in seno alla Consulta.

¹⁹ Nello stesso senso C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 6/2019; *contra* M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018.

²⁰ P. CARNEVALE, [Incappare in... Cappato.](#), cit., 375. Cfr. su questi aspetti anche F. BIONDI, *Tra soluzione processuale e merito delle questioni*, cit., spec. 24 e le osservazioni di O. CHESSA, *Sul seguito dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, in AA.VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita*, cit., 80 ss. ove ritiene che «la tipologia di rinvio qui sperimentata o prelude all’intervento legislativo, che sarebbe il *first best*, o prelude a un qualche accoglimento, che sarebbe perciò il *second best*. Mi pare che *tertium non datur*».

²¹ Nella nota formula di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84 tale per cui il Giudice costituzionale sopperisce alla lacuna legislativa perché non c’è margine di discrezionalità legislativa ed è *come se* la Corte si muovesse sotto dettatura della Costituzione.

²² Corte costituzionale, [ordinanza n. 132 del 2020](#), § 7.3 *Cons. dir.* sancisce che «il punto di equilibrio tra la libertà di “informare” e di “formare” la pubblica opinione svolto dalla stampa e dai media, da un lato, e la tutela della reputazione individuale, dall’altro, non può però essere pensato come fisso e immutabile, essendo soggetto a necessari assestamenti, tanto più alla luce della rapida evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni».

²³ Cfr. su quest’aspetto le riflessioni di M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e di contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 13.

dell'intervento idoneo a colmare il ravvisato *vulnus* costituzionale (poiché non va dimenticato che un *vulnus* esiste e la Corte lo rileva)»²⁴.

2.1. ...e l'uso dei poteri di gestione del processo costituzionale.

La tecnica decisoria con cui la Corte, essenzialmente, non decide, sembra giustificata dai poteri di gestione del processo costituzionale²⁵. Infatti, l'obiettivo della Consulta è mettere il legislatore nella condizione di poter approvare una normativa concernente la diffamazione a mezzo stampa che sia conforme a Costituzione²⁶ e che perciò tenga conto dei diversi interessi in gioco²⁷.

Se non sussiste alcun dubbio circa il fatto che la Corte è del tutto libera di gestire il proprio calendario e, se dal caso, di far slittare alcune udienze, qualche riflessione merita di essere spesa a proposito del caso in cui tali poteri sfocino in un'ordinanza bifronte. Ovvero una pronuncia che si presenta come interlocutoria in relazione al dispositivo e che ha il sapore di "definitività" con riguardo alla motivazione²⁸. A ben vedere, infatti, sembra potersi parlare di un nuovo tipo di pronuncia manipolativa, ove tuttavia non assume alcun rilievo il contenuto della questione di costituzionalità poiché l'attenzione è attratta dalla struttura della decisione. Quest'ultima sembra infatti oscillare fra il "già ora" – ovvero il riconoscimento della parziale illegittimità costituzionale o, altrimenti detta, di incostituzionalità prospettata²⁹ – e il "non ancora" – cioè la pronuncia che sarà resa dopo l'udienza del 21 giugno prossimo³⁰.

Facendo uso dei suddetti poteri di gestione del processo e inserendosi per la seconda volta nell'arco di due anni nella scia di una tecnica decisoria mai prima ipotizzata³¹, il Giudice costituzionale sembra

²⁴ A. APOSTOLI, *Ancora qualche osservazione in tema di fine vita*, cit., 105.

²⁵ Sull'importanza delle regole del/nel processo costituzionale si ricordino le parole di A. PIZZORUSSO, *Usa e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133 «una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituzionale costituisce il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni, nel quale risiede il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità». Cfr. su questi aspetti anche 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 ID. (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017, 20 ss.

²⁶ Sul dialogo fra Corte costituzionale e legislatore, v. *ex multis* F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 19 ss. il quale afferma che il Giudice delle leggi ha un ruolo di co-determinazione dell'indirizzo politico più che un ruolo di controllo sanzionatorio successivo all'entrata in vigore della legge. Mentre, *ivi*, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, 103 ss. sottolinea l'importanza della distinzione tra il ruolo giurisdizionale (proprio della Corte costituzionale) e quello legislativo (del Parlamento) poiché la "politicalità" della Consulta è ben diversa da quella del Parlamento.

²⁷ Tale condizione è avvalorata dalla circostanza che la Consulta è consapevole del fatto che sono in cantiere progetti di legge volti a modificare la disciplina della diffamazione a mezzo stampa, v. Corte costituzionale, [ordinanza n. 132 del 2020](#), § 8 *Cons. dir.* Sul dialogo "muto" tra il Giudice delle leggi e il legislatore, cfr. A. RUGGERI, [Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... \(a margine di un comunicato sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista](#), [2018/III](#), 568 ss.

²⁸ In occasione dell'[ordinanza n. 207 del 2018](#) era stata definita come «una ordinanza *quoad formam* che è però in tutto e per tutto una sentenza (di accoglimento) *quoad substantiam*» (A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista](#), [2018/III](#), 571), definizione che pare potersi accogliere anche per l'ordinanza che qui si commenta.

²⁹ V. *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, p. 14.

³⁰ Cfr. P. CARNEVALE, [Incappare in... Cappato.](#), cit., 374.

³¹ Tanto è vero che nel [2018](#) e nel [2020](#) la Corte costituzionale ha adottato la tecnica del rinvio della discussione per ragioni di merito e non di procedura come invece si è verificato, a titolo d'esempio, quando non è stato raggiunto il *quorum* funzionale (rinvio disposto il 29 marzo 2002 per il mancato raggiungimento del *quorum* di cui all'art. 16 della l. n. 87 del 1953) oppure per la pendenza di una questione analoga presso la Corte EDU (cfr. sentenza 27 agosto 2015, *Parillo c. Italia*).

giustificarsi affermando che, per tale via, assolve il proprio compito di “guardiano” della Carta ed evita che una disposizione legislativa continui a produrre nell’ordinamento effetti ritenuti inammissibili³². Inoltre, sembra preoccuparsi di ridurre al minimo le ipotesi in cui possano verificarsi vuoti di tutela nei confronti di diritti di rilievo costituzionale³³. D’altro canto, l’intervento “a data fissa” vincolato a una precisa delega legislativa – che, per certi versi, potrebbe apparire molto simile a quella dell’art. 76 Cost. – demandato alle Camere, dà prova di uno scivolamento del ruolo di custode tipico del Giudice costituzionale in quello concernente la produzione legislativa proprio del Parlamento, tanto da portare a parlare di «co-determinazione dell’indirizzo politico»³⁴. Nel caso in cui il legislatore dovesse restare inerte la dottrina non potrà far altro che «accettare lo spostamento dell’equilibrio dei poteri a favore della *iuris-dictio*»³⁵. V’è inoltre da rilevare che mediante l’utilizzo di questa tecnica decisoria la Corte costituzionale sembra perfettamente consapevole del modo in cui poter intervenire, tuttavia appare – conformemente a Costituzione – determinata a prediligere l’intervento del legislatore al fine di evitare vuoti di tutela nelle posizioni soggettive considerate.

Un’ultima riflessione deve essere spesa circa l’utilizzo dei poteri di gestione del processo della Corte, posto che quando l’ultimo grano nella clessidra passerà la strettoia e si deporrà insieme a tutti gli altri, gli scenari che potremo vedere saranno – salva la possibilità di (improbabili) capovolte da parte della Consulta – due.

Se nel frattempo il legislatore sarà intervenuto con una nuova disciplina legislativa, la Corte costituzionale dovrà verosimilmente restituire gli atti ai giudici rimettenti per *ius superveniens*³⁶, a meno che la nuova normativa sia ritenuta non modificativa della situazione in essere³⁷.

Qualora invece il legislatore non dovesse intervenire³⁸, ritenendo non possibile che il Giudice costituzionale rimandi ancora la sentenza, la Corte dovrà pronunciarsi. Stando alla lettura dell’[ordinanza n. 132 del 2020](#) sembra difficile ritenere che la Consulta non accoglierà la questione,

³² *Contra* G.P. DOLSO, *Profili processuali dell’ord. n. 207 del 2018*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 24 giugno 2019, 4 il quale afferma che «nulla impedisce che in altri giudizi la norma venga applicata, anche in una accezione conforme a quella indicata dalla Corte».

³³ Di diverso avviso G.P. DOLSO, *Profili processuali dell’ord. n. 207 del 2018*, cit., 4 che ritiene che il vuoto di tutela «può rilevarsi solo rinviato nella misura in cui l’intervento della Corte, quali che siano le sembianze che assumerà, non potrà certo innestare una disciplina della materia che risponda a tutte le istanze messe a fuoco».

³⁴ G. SALVADORI, *Lo stile dell’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, 11. Cfr. anche A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in R. ROMBOLI (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 117 ss.

³⁵ G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l’ord. n. 207/2019 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 28 giugno 2019, 2.

³⁶ Com’è noto, qualora la Corte riscontri il sopravvenuto mutamento della normativa da adottare (v. Corte costituzionale, [sentenza n. 150 del 2012](#)), «eventualmente anche determinato da una decisione di incostituzionalità della stessa Corte» come è stato con le [ordinanze nn. 146 e 239 del 2011](#) della Consulta (G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 115), restituisce gli atti al Giudice *a quo* affinché verifichi che sussista ancora la rilevanza della questione (cfr. Corte costituzionale, [sentenza n. 112 del 2000](#)). Su questi aspetti v. anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L’ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1976, 257.

³⁷ In altri ed autorevoli termini, «i ravvisati profili di incompatibilità costituzionale – nei limiti che sono stati sottolineati – non potranno che condurre, qualora il legislatore resti inerte o licenzi un testo ritenuto inidoneo, a una dichiarazione di incostituzionalità [...] e, se dal caso, anche della nuova, insoddisfacente, normativa» (A. APOSTOLI, *Ancora qualche osservazione in tema di fine vita*, cit., 115).

³⁸ Quest’ipotesi sembra quella meno difficile da prevedere. Senza poterci intrattenere in questa sede sul punto rimando, per il complicato rapporto fra Parlamento e Corte costituzionale, a R. BIN e C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in AA.VV., «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, 2006, 215 ss. Nello stesso volume, con una nota critica rispetto all’inerzia del legislatore, cfr. R. PINARDI, *Brevi note sull’«effettività» delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia legislativa*, 327 ss. Infine, con riferimento agli strumenti di raccordo tra la Consulta e le Camere v. M. D’AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l’alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE (cur.), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 37 ss.

posto che l'ordinanza è stata ampiamente motivata e ha preso in considerazione i diversi profili di criticità della normativa per contrasto tanto alla Costituzione, quanto ai principi CEDU. Appare perciò logico ritenere che il Giudice delle leggi adotterà una sentenza di incostituzionalità e, presumibilmente, motiverà in maniera molto dettagliata, dando delle "linee guida" ai giudici comuni che si dovranno pronunciare per risolvere la questione nel caso concreto³⁹.

Laddove invece la Corte dovesse rigettare la questione, il timore è che possa delegittimarsi. Infatti, considerando la trasparenza con cui si è espresso nell'ordinanza, il Giudice delle leggi darebbe prova della propria auto-delegittimazione⁴⁰ e potrebbe finanche arrivare a porre in dubbio la tenuta dell'ordinamento costituzionale, specialmente se si considera che uno dei garanti della Carta – per certi versi il più importante⁴¹ – ha perso credibilità per sua stessa mano.

3. Le possibili conseguenze dell' "interventismo" della Corte costituzionale.

L'[ordinanza n. 132 del 2020](#) combina in sé più tecniche decisorie; segnatamente, un accoglimento, un rigetto⁴² e un rinvio con monito al legislatore⁴³. Al tempo stesso, la Consulta sembra scartare (almeno in questa prima fase) tre diverse opzioni e cioè la sentenza di mero accoglimento⁴⁴, la sentenza manipolativa⁴⁵ – benché sia lecito presumere che in futuro si avrà una pronuncia di

³⁹ Si vedano le riflessioni di O. PFERSMANN, *Giustizia costituzionale tra politica e diritto*, in R. ROMBOLI (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 87 ss. e, *ivi*, R. BIN, *Chi è responsabile delle «zone franche»?*, 147 ss.

⁴⁰ In altri termini, la Corte «perderebbe la faccia» dinanzi all'opinione pubblica. In questo senso A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta*, cit., 569; ma anche P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato*, cit., 381. Ovvero, più velatamente, B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno: i vincoli di coerenza imposti dalla ordinanza n. 207/2018*, in AA.VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita*, cit., 90 afferma che «la forma e i contenuti dell'ordinanza 207 diventano, a loro volta, i vincoli, quantomeno di coerenza, per il prosieguo del percorso decisionale da parte del giudice delle leggi».

⁴¹ Si ritiene che la Corte costituzionale sia il più importante tra i garanti della Costituzione perché essa interviene *ex post* e ha la possibilità di caducare disposizioni e norme in contrasto con la Carta; tale attività è sostanzialmente preclusa al Presidente della Repubblica che interviene con l'opposto potere di rinvio (art. 74 Cost.) dal momento che, com'è noto, qualora le Camere dovessero ri-approvare il testo sanzionato dal Capo dello Stato, quest'ultimo sarà costretto a promulgare. Se così non fosse, la Spada di Damocle delle figure non tipizzate – ma molto minacciose – dell'attentato alla Costituzione o dell'alto tradimento (art. 90 Cost.) potranno abbattersi sul garante *ex ante* della tenuta della Carta.

⁴² Preme sottolineare che la Consulta non ha adottato sin da subito una pronuncia di rigetto, pur avendo ritenuto infondata la questione, così da lasciare congruo spazio al legislatore affinché «aggiorni» la normativa in vigore alle esigenze del tempo presente. Infatti, dopo aver richiamato ampiamente la giurisprudenza della Corte EDU e gli atti sovranazionali di rilievo, afferma che «appare necessaria e urgente una complessiva rimediazione del bilanciamento, attualmente cristallizzato nella normativa oggetto delle odierne censure, tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all'attività giornalistica» (§ 7 *Cons. dir.*). Ancora, il mutato contesto sociale «esige una rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina [...] censurata, in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica [...] con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti» (§ 7.3 *Cons. dir.*). «Un simile, delicato bilanciamento spetta in primo luogo al legislatore, sul quale incombe la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività» (§ 8 *Cons. dir.*).

⁴³ Tale condizione non è affatto inusuale per la giurisprudenza costituzionale, tanto è vero che le cosiddette sentenze miste trovano riconoscimento anche nella manualistica costituzionale. Cfr. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 203 ss.

⁴⁴ Atteso che la stessa Corte nell'[ordinanza n. 132 del 2020](#), § 8 *Cons. dir.* riconosce il «rischio che, per effetto della stessa pronuncia di illegittimità costituzionale, si creino lacune di tutela effettiva per i controinteressi in gioco, seppur essi stessi di centrale rilievo nell'ottica costituzionale», rimandando all'[ordinanza n. 207 del 2018](#).

⁴⁵ Poiché la Consulta, [ordinanza n. 132 del 2020](#), § 8 *Cons. dir.* ammette che essa «sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisorii».

accoglimento parziale o ablativa⁴⁶ – e, infine, la decisione di inammissibilità⁴⁷. Volendo far rientrare l'[ordinanza n. 132](#), come del resto è accaduto con la [n. 207 del 2018](#), in uno dei *genus* già conosciuti dalla giurisprudenza costituzionale, pare più agevole elencare quel che manca rispetto a quel che c'è. E a mancare sono, *in primis*, il *nomen* della sentenza e, dunque, l'esplicitazione nel dispositivo dell'accoglimento della questione con conseguente caducazione della disposizione impugnata.

Ci troviamo dinnanzi a un *novum* giurisprudenziale nei confronti del quale parte della dottrina⁴⁸ si è dimostrata piuttosto restia, raccomandando un uso parco di questo strumento di (in)decisione che, adoperato una volta in occasione di questioni eticamente sensibili, probabilmente non avrebbe dovuto trovare seguito in ambiti differenti. Viceversa, l'impressione che si ha al seguito della lettura dell'[ordinanza n. 132 del 2020](#) è che il *genus* dell'ordinanza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata costituisca una tecnica già roduta che la Corte si sente legittimata a utilizzare anche se non vengono in considerazione diritti "super-costituzionali". Infatti, le questioni di costituzionalità sollevate nel [2018](#) e nel [2020](#) sono differenti perché, se nell'ambito del caso Cappato sul tavolo da gioco erano presenti temi di difficile trattazione giacché ancorati alla coscienza individuale e alla più intima visione del mondo e della vita (terrena e non), nel caso di specie i principi in questione sono sì fondamentali, ma non tali (forse) da scomodare una controversa tecnica decisoria; sono infatti diritti che paiono destinati a cedere il passo laddove bilanciati con i valori più intimi della natura umana. Con ciò, si badi, non si sta affermando che il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero o il diritto alla tutela della propria sfera privata/individuale non siano principi consustanziali a uno Stato moderno, democratico e di diritto. Si sta piuttosto affermando che sarebbe auspicabile che il Giudice costituzionale, anche laddove deroghi alle proprie regole processuali, lo faccia in maniera coerente e motivata. Sarebbe apprezzabile se la Consulta esplicitasse in quali casi ritiene di poter intervenire con una pronuncia "a due tempi", anche al fine di far conoscere al legislatore i casi in cui ritiene più pregnante il suo intervento. Un criterio, benché la linea di displuvio sia piuttosto scivolosa, potrebbe essere la distinzione tra questioni eticamente sensibili – che richiedono più tempo per essere "digerite" e che interessano la natura più intima di ogni essere umano (artt. 2 e 3, secondo comma Cost.) – e le altre questioni. Peraltro, la complicità tra la Corte – che si ritiene del tutto libera di procedere nella direzione che più ritiene opportuna – e la dottrina⁴⁹ – che si prodiga nel giustificare

⁴⁶ Con cui, com'è noto, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità della disposizione "nella parte in cui" prevede qualcosa. Come ha sostenuto V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 367 «parziali possono anche dirsi, purché sia chiaro che tali sono *rispetto alla norma*, risultante dal testo», atteso che «vere sentenze di accoglimento parziale sono quelle che colpiscono una parte della disposizione scritta nel testo [...] in quanto suscettibili di esprimere un certo significato, giudicato dalla Corte costituzionale illegittimo». Tanto è vero che «se ogni norma fosse oggetto di una specifica disposizione (per esempio, di un autonomo articolo), lo stesso risultato sarebbe raggiunto con una sentenza di accoglimento "secco" della disposizione incriminata»; quando invece «la scrittura della legge è sintatticamente più complessa, alla Corte non resta che procedere per dichiarazioni di illegittimità parziali, lasciando in piedi le parti della disposizione che non risultano illegittime» (R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2016, 527). V. anche G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II*, cit., 230. Mentre, con esclusivo riferimento alla tecnica decisoria inaugurata con il caso Cappato si vedano le osservazioni di O. CHESSA, *Sul seguito dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit., 81-82.

⁴⁷ Infatti, così come è stato per il caso Cappato, la Corte dichiara che «non può e non intende sottrarsi» al «"compito naturale"» che le è proprio, tuttavia è conscia del fatto che il medesimo compito consiste nel «verificare *ex post*, su sollecitazione dei giudici comuni, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione» (Corte costituzionale, [ordinanza n. 132 del 2020](#), § 8 *Cons. dir.*).

⁴⁸ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 561 ss. Ma anche F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 5 giugno 2019. *Contra* B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno*, cit., 92 e 94 laddove auspica che l'ord. 207 diventi una «tecnica decisoria generalizzabile».

⁴⁹ Come afferma R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 24 la dottrina ha il compito «di segnalare tutti i casi in cui la Corte costituzionale va oltre i suoi limiti e le sue competenze, anche a rischio di essere definiti vivisezionisti delle sentenze o classificatori di farfalle, perché questo incide sulla legittimazione della giustizia

l'intervento *sui generis* della Consulta – finisce con il negare la «esistenza di un diritto processuale costituzionale e la funzione in via di principio attribuita e riconosciuta alle regole processuali, togliendo loro qualsiasi, reale significato»⁵⁰.

Inoltre, appare lecito ritenere che il rischio conseguente al fatto che l'eccezionalità di questa tecnica processuale diventi regola possa dar vita a una situazione paradossale tale per cui quando la Corte costituzionale predilige il non decidere, così da non alterare delicati equilibri di bilanciamento interni all'ordinamento, “passa la palla” al legislatore con l'auspicio che questi la tolga dall'imbarazzo di dover decidere. Con la premessa che sembra un'ipotesi da manuale anche a chi scrive, sorge un interrogativo: se il legislatore approvasse una disciplina legislativa contraria rispetto al monito dato dalla Consulta, quest'ultima si troverebbe nuovamente dinnanzi a un bivio. Cioè, se la normativa adottata presentasse profili di incostituzionalità, il Giudice delle leggi dovrebbe sollevare a sé stesso la questione di costituzionalità (Corte giudice *a quo*), pronunciarsi nel senso ora indicato e quindi tornare a decidere in piena autonomia. L'imbarazzo, dunque. Qualora invece la normativa adottata dalle Camere non palesasse profili di illegittimità costituzionale, la Corte dovrebbe pronunciarsi nel rispetto della nuova legge correndo il rischio di esautorarsi.

Non potendo sindacare in questa sede l'operato del Giudice costituzionale, si auspica che la tecnica inaugurata nel [2018](#) e riconfermata nel [2020](#) non diventi un *escamotage* con cui il Giudice delle leggi si sostituisce all'inerzia del legislatore⁵¹. Come è evidente, pronunce costituzionali di siffatta maniera danno prova dell'anima politica⁵² della Corte che, in quanto organo di garanzia della Costituzione, non dovrebbe avere. Infatti, ai sensi dell'articolo 28 della l. n. 87 del 1953 il controllo di legittimità della Corte costituzionale «esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Viepiù che la valutazione è politica⁵³ quando ha riguardo a «materie che, pur rientrando nel compromesso costituzionale e dovendo essere inquadrare nei suoi principi, sono lasciate agli indirizzi differenti che si affermano, volta a volta, nella competizione politica di ogni giorno»⁵⁴. Nell'ottica del legislatore costituzionale la politicità è dunque intesa sulla base della materia su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi e non ha alcun riferimento al *modus operandi* della Corte⁵⁵.

costituzionale ed ha altresì ricadute sull'attività dei giudici comuni, i quali non possono non risentire di atteggiamenti o interpretazioni *extra ordinem* del Giudice costituzionale».

⁵⁰ R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, I/1995, 1096.

A ciò si aggiunga che, oggi, il Giudice delle leggi afferma di non rispettare le regole processuali (v. le osservazioni di M. NISTICÒ, *Lo sbilanciamento tra diritto costituzionale sostanziale e diritto processuale. Qualche osservazione a partire dalla più recente giurisprudenza della Corte*, in R. ROMBOLI (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 221 ss.) e ne crea di nuove.

⁵¹ Nello stesso senso M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento, cit., 17.

⁵² Cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, cit., 570 il quale denuncia «un vistoso innalzamento del “tasso di politicità” dei giudizi» della Corte costituzionale; U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’*, cit.; M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento, cit.

⁵³ A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie”*, cit., 117 ss. ritiene che la Corte costituzionale sia ormai diventata una terza Camera e che le sue pronunce sono decisioni politiche, celate sotto le vesti dell'atto di natura giurisdizionale. *Contra* R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 10 ove sostiene che qualora la Consulta dovesse partecipare con le Camere e come le Camere (elette dal popolo) alla determinazione dell'indirizzo legislativo, darebbe vita a un «mutamento» del sistema di giustizia costituzionale italiano.

⁵⁴ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 145.

⁵⁵ V. R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 6 «il carattere “politico” di una decisione della Corte costituzionale in certi casi viene dedotto dalla “politicità” della questione esaminata» mentre «in altri casi la natura politica o giurisdizionale di una decisione del Giudice costituzionale viene dedotta dal risultato cui giunge la Corte». E, come precisa A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da questioni: a proposito di automatismi legislativi*, in R. ROMBOLI (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 497 ss. la pronuncia ha natura giurisdizionale nella misura in cui «la conclusione tende a rinvigorire le funzioni giurisdizionali o comunque a fornire una opportuna tutela al diritto coinvolto».

Lo scivolamento verso un ruolo politico nella gestione del processo sembra trovare fondamento nella crisi che sta attraversando il sistema rappresentativo repubblicano⁵⁶. Viceversa, la Corte costituzionale dovrebbe cercare di mantenere una sfera di autonomia in cui le questioni politiche non trovino spazio così da poter svolgere nel migliore dei modi la «funzione di argine nei confronti degli eccessi di una democrazia puramente maggioritaria che è la ragione principale della sua stessa esistenza»⁵⁷.

La tecnica processuale che in queste pagine si è cercato di esaminare sembra appropriata – se non necessaria – nei casi di difficile soluzione che potrebbero creare un *vulnus* nell’ordinamento, travolgendo una cospicua serie di principi fondamentali, inviolabili, supremi e che potrebbero spingersi finanche a dover dichiarare una “rottura” della Costituzione (v. il caso Cappato)⁵⁸. In tutti gli altri casi *il decidere che si deciderà* sembra piuttosto determinare disordine processuale ed essere il fondamento di un precedente che, in quanto tale, potrebbe aprire la strada a una serie infinita di possibili alternative riadattate al caso che, di volta in volta, sarà posto all’attenzione della Corte. Il nodo pare aggrovigliarsi se si considera che al di sopra della Corte costituzionale non c’è nessun organo a cui potersi appellare per far valere vizi processuali, così come non è possibile impugnare dinanzi alla stessa Corte le (sue) sentenze (art. 137, terzo comma Cost.). In altri termini, se il Giudice costituzionale dovesse far uso della tecnica dell’ordinanza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata anche quando non necessaria o comunque non del tutto giustificata, non ci sarebbe nessun organo deputato a *sanzionarlo*, ma solo la dottrina che può (e non si esime dal) *criticarlo*...

⁵⁶ Cfr. M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 75 ss.

⁵⁷ R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale*, cit., 107.

⁵⁸ Si vedano le osservazioni di V. ANGIOLINI, *La Corte, la politica ed il tenere la distanza*, in R. ROMBOLI (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 41 ss. il quale sostiene che le pronunce “creative” del Giudice delle leggi, che talvolta fonda le proprie decisioni sulla base di elementi “extra-testuali” (come rileva M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento*, cit.), finisce con l’avvicinare l’attività giurisdizionale a quella legislativa. Cfr., *ivi*, anche L. COSTANZO, *In cosa consiste la politicità delle decisioni della Corte costituzionale*, 59 ss.

Antonio Ruggeri
Ancora su Cappato e la progettazione legislativa
volta a dare seguito alle indicazioni della Consulta* **

ABSTRACT: *The paper, after having made some critical notes on the sentences of the Constitutional Court on the well-known Cappato case, investigates the aspect of exceeding the limit of the discretionary power of the legislator. Especially, the author notes that the legislative discipline of the events of the beginning and end of life should take place by means of constitutional laws. Therefore it challenges the thesis aimed at recognizing the existence of a constitutional right to suicide, giving itself insurmountable limits to the self-determination of the person and making it improper that safeguarding the dignity of the person is evoked in the field, understood by many in a purely subjective sense. Finally, it insists on the need to maintain the right to conscientious objection of healthcare in the future legislative discipline of the matter.*

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive. – 2. *Primo punto: Cappato*, una vicenda giudiziaria nata male e finita peggio, che obbliga ad un complessivo ripensamento circa i possibili sviluppi dello Stato costituzionale. – 3. *Secondo punto*, con riguardo alla essenziale disciplina di base dei nuovi diritti fondamentali: una questione di forma e di sostanza assieme. – 4. *Terzo punto*, con riferimento a tre cruciali questioni: *a)* se si dia, o no, un diritto costituzionale al suicidio; *b)* fino a che punto possa (e debba) essere salvaguardata l'autodeterminazione della persona sofferente; *c)* se in Costituzione si abbia il riconoscimento di un'accezione meramente soggettiva della dignità della persona. – 5. Succinte notazioni finali in merito ai progetti di legge relativi alle esperienze di fine-vita, con specifico riguardo al bisogno di preservare l'obiezione di coscienza del personale sanitario nello svolgimento delle attività volte a provocare la morte della persona.

1. Notazioni introduttive

Colgo l'opportunità oggi offerta dall'audizione richiestami per fermare l'attenzione unicamente su alcuni punti tra i molti di cruciale rilievo inerenti al tema sul quale siamo stati oggi nuovamente chiamati a confrontarci. Articolerò il mio intervento in due momenti, limitandomi per il ristretto spazio di cui dispongo a rappresentare con la massima sintesi alcune tesi che ho avuto modo di argomentare in alcuni studi al tema stesso dedicati, sforzandomi ora di metterle ancora meglio a fuoco. Chiuderanno quindi la mia esposizione alcuni minimi rilievi ai progetti di legge in atto pendenti davanti alla Camera.

2. Primo punto: Cappato, una vicenda giudiziaria nata male e finita peggio, che obbliga ad un complessivo ripensamento circa i possibili sviluppi dello Stato costituzionale

La vicenda maturata presso la Consulta – se posso esprimermi con franchezza – è nata male ed è finita peggio.

Inusuale appare per vero essere la tecnica decisoria inaugurata in *Cappato* (e, ora, nuovamente riproposta dalla [ord. 132 del 2020](#) della Corte costituzionale che ha rimandato la definizione del caso al giugno dell'anno prossimo): dapprima si è adottata una ordinanza, la [207 del 2018](#), presentatasi come di mero rinvio di un anno della decisione (al settembre 2019) ma che, in realtà, con vistoso scollamento tra forma e sostanza, si poneva quale un vero e proprio anticipo della decisione stessa, tant'è che è stata poi da quest'ultima ([sent. n. 242 del 2019](#)) richiamata persino in modo testuale in più passaggi argomentativi.

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del Regolamento della Rivista.

** Lo scritto riproduce il contenuto di un'audizione resa via web il 13 ottobre 2020 alle Commissioni Giustizia e Affari Sociali della Camera dei deputati.

Non è però tanto l'uso alquanto "libero" o, diciamo pure, disinvolto delle forme processuali ciò su cui intendo qui particolarmente soffermarmi, privo di specifico interesse ai fini delle notazioni che mi accingo a svolgere, quanto sul senso complessivo dell'operazione condotta dalla Consulta, indicativo dell'idea che quest'ultima mostra di avere di se stessa, della propria natura e del ruolo giocato nel sistema delle istituzioni della Repubblica.

Il *punctum crucis* della questione che mi preme adesso nuovamente mettere a fuoco riguarda le sorti del limite del rispetto della discrezionalità del legislatore, dalla stessa Corte fino a *Cappato* riconosciuto come suo proprio. È vero che, in realtà, talora lo stesso si è trovato anche in significativa misura circoscritto in ordine alla sua portata; mai, però, era stato in precedenza messo per intero e dichiaratamente da parte. Un esito, questo, al quale la Corte peraltro perviene attraverso un tortuoso ed affannoso percorso argomentativo, finendo con l'entrare in palese contraddizione con se stessa.

Nella sua prima pronunzia, infatti, la Consulta più volte rileva che la scelta in merito ad alcune soluzioni politico-normative sul tappeto, peraltro selezionate dallo stesso giudice costituzionale, resta esclusivamente demandata al legislatore, cui viene concesso un lasso temporale congruo (un anno) per farvi luogo (senza che, peraltro, sia chiara la ragione della sua estensione, perché cioè non maggiore ovvero minore). Constatata, poi, la perdurante inerzia del legislatore con la pronunzia di fine partita, la Corte rompe gli indugi e fa luogo alla scelta suddetta. La qual cosa comporta, di tutta evidenza, una complessiva torsione del ruolo istituzionale ad essa per Costituzione spettante, innaturalmente in tal modo convertendosi in un decisore politico *tout court*.

Rammento che la Corte, per diffuso riconoscimento degli studi teorici ad essa dedicati, racchiude in sé due "anime", una politica e l'altra giurisdizionale, chiamate (e, anzi, obbligate) a mantenersi in costante, seppur precario e delicato, equilibrio, senza cioè che nessuna delle due possa prevalere, soffocandola, sull'altra.

È poi vero che si danno alcune pronunzie manipolative della sostanza normativa racchiusa nei testi di legge e, a dirla tutta, degli stessi parametri costituzionali (la vicenda del Titolo V della Parte II, quale riscritto di sana pianta nel 2001, ne costituisce una emblematica testimonianza; ma, a conti fatti, non v'è angolo dell'edificio costituzionale che sia rimasto indenne dall'opera di rifacimento per via interpretativa posta in essere dal giudice delle leggi).

La riscrittura dei testi di legge, nondimeno, si è avuta – quanto meno questa è stata la giustificazione a tutt'oggi data a suo sostegno – sempre che le norme aggiunte *ope iudicis* discendessero "a rime obbligate" dalla Costituzione, non ponendosi dunque quale il frutto di opzioni politico-discrezionali. In *Cappato*, invece, questo schema "salta" del tutto, con la motivazione che la tecnica decisoria in precedenza per casi analoghi messa in atto (e risultante da una pronunzia di rigetto accompagnata da un monito più o meno vigorosamente indirizzato al legislatore in vista di una congrua regolazione della materia) si è dimostrata sostanzialmente improduttiva di effetti in conseguenza – come si diceva – della perdurante inerzia dello stesso.

Ora, è fuor di dubbio che l'esigenza avvertita dalla Corte fosse in passato e sia non poche volte (come in *Cappato*) fondata, tanto più poi laddove a pagare le spese della inerzia suddetta sono stati (e sono) beni costituzionalmente protetti (a partire dai diritti fondamentali) che, in conseguenza della stessa, si trovano gravemente esposti e sacrificati.

La domanda cruciale che tuttavia dobbiamo nuovamente porci è la seguente: può il fine giustificare machiavellicamente il mezzo? La mia risposta, senza esitazione alcuna, è no, per la elementare ragione che, confondendosi reciprocamente i ruoli del legislatore e del giudice (sia pure del tutto peculiare, qual è la Corte), viene meno una delle due gambe su cui può portarsi avanti, nel suo pur non lineare e talora non poco sofferto cammino, lo Stato costituzionale. Illuminante è, infatti, ancora oggi la densa definizione di Costituzione trasmessaci dai rivoluzionari francesi all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, secondo cui la stessa risulta dal riconoscimento dei diritti fondamentali di libertà e dal principio della separazione dei poteri. Ed è chiaro che la prima gamba, nei cui riguardi l'intera organizzazione statale si pone in funzione servente, priva del sostegno offerto dal principio stesso finisce poi, al tirar delle somme, con l'esserne pregiudicata. Una Costituzione

zoppa – come ho avuto modo di dire in più occasioni – non può di certo correre e alla lunga non riesce neppure a reggersi in piedi.

Tornare a ripensare criticamente su *Cappato* – come si vede – equivale a guardare da un buco della serratura l'intero impianto della Repubblica, la sua struttura portante, com'è fatta per Costituzione e come deve continuare a trasmettersi anche alle generazioni che verranno.

Questa è, dunque, la posta in palio; ed a me pare che su di essa dovrebbe avviarsi con urgenza un'approfondita e disincantata riflessione.

3. Secondo punto, con riguardo alla essenziale disciplina di base dei nuovi diritti fondamentali: una questione di forma e di sostanza assieme

Le vicende relative alla fine della vita, al pari di quelle ad essa speculari dell'inizio, attengono a momenti essenziali della esistenza umana e coinvolgono pertanto valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale: riguardano, dunque, beni di primario rilievo che si situano al cuore della c.d. "materia costituzionale". Momenti che, come tali, richiederebbero a mia opinione di essere disciplinati a prima battuta (quanto cioè alla loro disciplina di base, a mezzo di disposti normativi essenziali) con legge costituzionale, dal momento che, riprendendo una indicazione dell'art. 138, le leggi di revisione costituzionale e le altre leggi costituzionali necessitano di venire alla luce con le procedure aggravate stabilite nello stesso articolo, ricongiungendosi in tal modo materia e forma costituzionale.

Non persuade al riguardo una lettura affacciata da tempo da un'accreditata dottrina ma che, francamente, giudico asfittica e, comunque, non sorretta da alcun argomento testuale, secondo cui le "altre" leggi costituzionali in parola sarebbero unicamente quelle cui fa espressamente rinvio la stessa Carta.

V'è di più. Muovo da un assunto sulla cui bontà si riscontra un largo consenso dottrinale, vale a dire che taluni bisogni elementari dell'uomo, diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale, sono riconosciuti, in forza di quella che ho altrove qualificato come una *consuetudine culturale* parimenti diffusa e dottrinalmente accreditata, come espressivi di veri e propri diritti fondamentali, malgrado risultino privi *ratione temporis* di testuale riscontro nella Carta costituzionale. Ebbene, è pacifico che non può farsi graduatoria alcuna, in astratto, tra i diritti fondamentali, così come non può farsi tra i principi di struttura dell'ordinamento. Tutti ponendosi sullo stesso piano, a fondamento appunto dell'edificio repubblicano, i conflitti tra gli stessi di cui si ha riscontro nel corso di alcune tra le più spinose e sofferte vicende della vita, portati alla cognizione del giudice costituzionale, non possono che risolversi – si suole dire – a mezzo della tecnica del reciproco "bilanciamento", ricercando cioè esiti processuali che comportino il minor costo possibile per ciascun diritto (e, più in genere, interesse costituzionalmente protetto) e di tutti assieme. Si tratta, insomma, di ricercare e far valere la massima affermazione possibile, in ragione dei complessivi connotati di ciascun caso, della Costituzione come "sistema" di valori fondamentali positivizzati.

Ora, se tutti i diritti fondamentali, proprio perché tali, stanno in partenza sul medesimo piano, anche se poi, in arrivo, può assistersi a più o meno vistose compressioni di questo o quel diritto, ebbene è incongruo con la loro natura che alcuni di essi – i "nuovi" – siano fatti oggetto di una prima disciplina, quella che ne dà il "riconoscimento" (nella ristretta accezione del termine), con legge comune, non già con legge approvata con le medesime forme con le quali la Carta può essere revisionata. Ogni modifica del dettato costituzionale – si tratti di riscrittura di ciò che è già stabilito ovvero di aggiunta di disposizioni dapprima mancanti (che, poi, ovviamente, non restando senza effetto anche per le originarie disposizioni, tutte comunque facendo "sistema") – richiede, dunque, di aver luogo ricorrendo alle procedure al riguardo stabilite nell'art. 138 della stessa Carta. Pronta è l'obiezione che in tal modo si corre il rischio, per vero incombente, che le modifiche stesse non riescano poi con il venire alla luce. Il gioco però vale la candela; e rischi di ancora maggior rilievo

vedo in una disciplina nata con difetti di struttura che – come subito si dirà – possono investirne tanto le forme di cui si riveste quanto la sostanza in essa racchiusa.

Non si tratta dunque – si faccia caso – di una questione meramente formale; di contro, ne è evidente il risvolto sostanziale. E, invero, sui momenti essenziali della vita umana – la sua venuta alla luce come pure il suo spegnimento – non può essere la maggioranza politica di turno, quale che ne sia ovviamente il colore, a decidere per l'intera collettività, con la conseguenza che poi persino la medesima maggioranza possa, a breve distanza di tempo, mutare avviso, innovando alla regolazione dapprima fatta, con la stessa facilità con cui alcune leggi comuni sono oggetto di frequenti innovazioni. Nondimeno, non possiamo escludere che anche leggi di forma costituzionale vedano poi la luce a colpi di maggioranza, come si è già avuto in occasione della riforma del Titolo V del 2001 o di quella, che però – come si sa – non ha avuto fortuna, tentata dal Governo Renzi. È tuttavia chiaro che il fatto stesso della previsione della procedura aggravata incoraggia la formazione di leggi frutto dei più larghi consensi tra le forze politiche presenti in Parlamento: un esito, questo, che giudico di vitale importanza più ancora che con riguardo alle innovazioni concernenti l'organizzazione per quelle relative alla parte sostantiva della Carta (in ispecie, appunto, per ciò che attiene al catalogo dei diritti ed al loro complessivo regime).

La procedura aggravata indicata nell'art. 138 racchiude, infatti, in sé – come si sa – una garanzia di fondo che è superfluo qui mettere, una volta di più, in evidenza.

Come si è fatto sopra notare, le notazioni ora svolte si indirizzano in pari misura sia alle esperienze di fine vita sia a quelle d'inizio. So bene che queste ultime già da tempo sono state disciplinate (da parte della legge 40 del 2004), così come lo sono alcune esperienze di fine vita dalla legge 219 del 2017 e che, dunque, la proposta ricostruttiva qui nuovamente affacciata si pone in controtendenza rispetto ad un convincimento ormai radicato nella cultura costituzionale del tempo presente.

Deve, poi, far riflettere la circostanza per cui la legge 40 è stata fatta oggetto di plurimi ed incisivi interventi correttivi da parte della giurisprudenza: un esito, questo, che verosimilmente non si sarebbe avuto laddove la disciplina in parola (ed altre parimenti relative ai momenti cruciali della esistenza umana) si fosse rivestita delle forme costituzionali. I giudici comuni infatti si trattengono dal sollevare questioni di costituzionalità aventi ad oggetto leggi approvate con le procedure dell'art. 138 in relazione ad eventuali violazioni dei principi di struttura dell'ordinamento; la stessa Corte peraltro – come si diceva –, laddove le leggi stesse abbiano rilievo in una vicenda processuale data, non ha mai posto davanti a se stessa il dubbio circa la conformità ai principi suddetti delle discipline in parola (ancora una volta, altamente emblematica è la vicenda del nuovo Titolo V, cui si è sopra fatto cenno, le cui norme non si sono mai convertite – come pure sarebbe stato astrattamente possibile – da parametro in oggetto di questioni di costituzionalità).

Per concludere sul punto, convengo che la tesi nella quale mi riconosco e qui nuovamente patrocinata è il frutto – come segnalavo nell'*incipit* della mia esposizione – di una voce fuori dal coro, una voce che molti giudicano stonata, comunque travolta dai tempi e dalle più vigorose tendenze da essi espresse. Immagino, perciò, che essa resterà inascoltata e che finirà con il venire alla luce una disciplina con legge comune relativa a casi analoghi a *Cappato*. Mi si vorrà riconoscere tuttavia – spero – di poter restare coerente con me stesso e di potermi avvalere, anche nella circostanza odierna, del diritto costituzionale riconosciutomi dall'art. 33 della Carta di esprimere le tesi scientifiche della cui validità mi sono da tempo fatto convinto.

4. Terzo punto, con riferimento a tre cruciali questioni: a) se si dia, o no, un diritto costituzionale al suicidio; b) fino a che punto possa (e debba) essere salvaguardata l'autodeterminazione della persona sofferente; c) se in Costituzione si abbia il riconoscimento di un'accezione meramente soggettiva della dignità della persona

Venendo al merito dell'oggetto del nostro confronto odierno, in primo luogo è da chiarire se si dia davvero un diritto costituzionale al suicidio (e, segnatamente, al suicidio assistito), così come alcuni

sostengono e come finisce, a conti fatti, con l'ammettere la stessa giurisprudenza costituzionale, seppur limitatamente a soggetti che versino in condizioni di particolare sofferenza. Un diritto del quale francamente non si vede (quanto meno non riesce a me di vedere) quale possa essere il fondamento, in assenza di sicure indicazioni in tal senso nella Carta, se non in un'assiomatica, esasperata nozione di autodeterminazione della persona umana che richiederebbe di farsi valere in ogni tempo e con prevalenza nei riguardi di ogni altro bene costituzionalmente protetto. Un'autodeterminazione teleologicamente orientata – si seguita a dire da parte di quanti si riconoscono in quest'indirizzo teorico – all'appagamento della dignità della persona, la cui definizione sarebbe esclusivamente rimessa alla stessa persona, alla sua autodeterminazione appunto, nella quale a conti fatti interamente si risolverebbe ed esaurirebbe.

Ora, è fuor di dubbio che l'autodeterminazione sia un bene prezioso, che dunque necessita di essere – *fin dove possibile* – salvaguardato. L'autodeterminazione però, se per un verso non è *niente*, non è neppure *tutto*, non può cioè assorbire e fagocitare ogni altro bene meritevole di protezione ma, al pari di ogni diritto fondamentale, partecipa – come si faceva poc'anzi notare – di operazioni di bilanciamento con gli altri beni evocati in campo dal caso.

Stabilire la misura giusta in cui può essere fatta valere l'autodeterminazione è questione di cruciale rilievo, meritevole perciò della massima attenzione.

A mio modo di vedere, nel percorso di una malattia essa può (e deve) essere preservata con priorità rispetto ad ogni altro bene costituzionalmente protetto, solo però fino ad un certo stadio del suo avanzamento. Così, nessuno può essere obbligato *manu militari* a sottoporsi ad un trattamento medico da cui può dipendere la cura della propria salute e la salvaguardia della stessa vita o, più semplicemente, a sottoporsi a trattamenti anche di non particolare rilievo (come, ad es., prendere un antibiotico o un'aspirina), per quanto tenersi in vita e curarsi renda, per la sua parte, testimonianza della solidarietà che le stesse persone sofferenti sono chiamate a dare al consorzio civile al quale appartengono, ove si convenga che vita e salute costituiscono pur sempre risorse preziose la cui perdita impoverirebbe l'intera umanità.

Una volta, però, che la salute della persona sia deteriorata al punto che la sospensione delle cure in atto e di trattamenti comunque vitali, quale l'alimentazione forzata o la respirazione assistita, porterebbe all'effetto certo, immediato (o comunque repentino) e non altrimenti evitabile della morte, la persona malata non può, a parer mio, vantare nei riguardi di terzi la pretesa volta al raggiungimento del fine perseguito, così come è invece stabilito dalla legge n. 219 del 2017.

Come si vede, la volontà del soggetto non acquista sempre lo stesso rilievo, dovendosi altresì tenere conto dell'obiettivo verso il quale essa si dirige, vita e morte – come si preciserà meglio a momenti – non ponendosi affatto quali fenomeni in tutto speculari, così come invece parrebbe ad una prima loro considerazione. Se, dunque, l'autodeterminazione è interamente salvaguardata al momento in cui si tratta di stabilire se intraprendere, o no, un certo percorso terapeutico, essa non lo è più nella identica misura in seguito.

Alcuni esempi tratti dalle quotidiane esperienze di vita consentono meglio di qualunque notazione di ordine teorico-astratto di mettere a fuoco quanto si viene ora dicendo.

Così, ad es., la persona è in tutto libera di decidere se sottoporsi, o no, ad un trapianto di organo, persino laddove (come nel caso del cuore) ne sia in gioco la sopravvivenza a breve termine; ma è chiaro che, ove si penta della scelta fatta a favore dell'intervento che gli è causa di grave disagio psichico, non potrebbe in alcun caso pretendere dai medici che gli sia espantato l'organo che senta a sé totalmente estraneo, proprio perché ciò equivarrebbe a dargli immediatamente la morte.

Così ancora una persona rimasta vittima di un incidente stradale, che si trovi in stato d'incoscienza e d'imminente pericolo di vita e sia portata d'urgenza in ospedale è, ovviamente, subito presa in cura dal personale sanitario senza che previamente si debba verificare se la persona stessa abbia depositato dichiarazioni in merito al trattamento da ricevere in condizioni siffatte. Insomma, com'è chiaro, i trattamenti terapeutici ricevuti non sono reversibili una volta che la persona stessa abbia ripreso conoscenza e manifestato una volontà di segno opposto, laddove appunto dovesse discenderne l'effetto dello spegnimento della vita.

Ad ogni buon conto, alcuni trattamenti vitali – e mi riferisco ora in special modo all'alimentazione ed idratazione forzate – possono (ed anzi debbono) essere sospesi nel momento in cui risulti acclarato che gli stessi non sortiscono più alcun effetto, la loro somministrazione risolvendosi pertanto in un accanimento terapeutico inibito ai medici dal codice deontologico di categoria. In congiunture siffatte, non rimane dunque altro che accompagnare, con amorevole e solidale partecipazione, il paziente verso il naturale esito del suo sofferto percorso di vita, manifestando in tal modo rispetto per la dignità di cui è dotato al pari di ogni altro essere umano e che, anzi, nei momenti drammatici della esistenza, viene viepiù esaltata ed illuminata, richiedendo pertanto cure ed attenzioni ancora maggiori.

I casi della vita – come si vede – sono molto diversi tra di loro e vano sarebbe immaginare di poterli tutti rappresentare e fare oggetto di astratta previsione in un testo di legge, restando piuttosto di necessità demandato agli operatori (e, in particolare, al personale sanitario), in stretta collaborazione con i familiari del paziente, far luogo alle scelte di volta in volta maggiormente congrue. Da tempo mi sono persuaso della opportunità che le discipline legislative riguardanti i momenti cruciali della esistenza umana si connotino per essenzialità di disposti, senza spingersi in eccessivi dettagli che fatalmente poi si scontrerebbero con la incontenibile varietà dei casi (assai istruttiva al riguardo la complessiva vicenda della legge 40 sulla procreazione medicalmente assistita, la cui struttura rigida è stata resa, almeno in parte, flessibile, sia pure col costo di alcune forzature, per mano della giurisprudenza).

Fuor di luogo è, ad ogni buon conto, immaginare che in situazioni, quale quella che ha portato alla definizione del caso *Cappato*, sia in gioco la dignità della persona e che la stessa vada declinata al plurale, sì da darsene una propria di ciascun essere umano, come tale varia dall'uno all'altro. La qual cosa comporta, ancora una volta, una esasperazione e radicalizzazione di un profilo pure innegabilmente esistente (e, invero, chi mai potrebbe negare che ciascuno di noi possa stabilire i propri progetti di vita e, nei limiti del lecito e del consentito dalle circostanze, ricercarne la massima realizzazione?). E, tuttavia, come si è fatto in altri luoghi notare, la nozione costituzionale di dignità non è meramente soggettiva ma anche (e, forse, soprattutto) oggettiva. A ritenere diversamente, dovremmo concludere che in uno dei pochi disposti della Carta in cui se ne fa esplicita menzione, l'art. 36, laddove si riconosce il diritto del lavoratore ad avere una retribuzione rapportata alla quantità ed alla qualità dell'attività svolta e tale, comunque, da assicurare allo stesso ed alla sua famiglia una esistenza “libera e dignitosa”, si voglia rimettere allo stesso lavoratore la determinazione della retribuzione stessa...

L'assurdità della conseguenza è indice eloquente della fragilità e, diciamo pure, inconsistenza della premessa da cui discende e su cui poggia.

Ad ogni buon conto, la dignità è qui evocata in campo in modo improprio, confondendosi con essa la *qualità* della vita di persone che versino in condizioni di palese sofferenza, le quali infatti non menomano in alcun caso o modo la dignità, mentre incidono gravemente sulla qualità in parola, fino al punto talora di azzerarla del tutto. E ciò, per la elementare ragione che la dignità fa tutt'uno con la *humanitas* della persona, c'è per il mero fatto della esistenza della persona stessa ed, anzi, a mia opinione, non viene meno neppure con la sua morte, tant'è che giustamente, doverosamente, l'ordinamento sanziona penalmente il vilipendio del cadavere, un fatto criminoso che non reca un *vulnus* soltanto alla sensibilità dei congiunti della persona defunta, così come riduttivamente alcuni ritengono, ma che, unitamente a ciò, colpisce la memoria del soggetto, il suo essere stato in vita un uomo appunto.

Al di là di questa e di altre questioni di ordine generale, la cui opportuna trattazione porterebbe troppo oltre i confini del campo materiale entro il quale la nostra riflessione è ora tenuta a svolgersi, ciò che più importa è che non si dà – come si accennava – un diritto costituzionale al suicidio. Quest'ultimo, infatti, come mi sono sforzato di argomentare altrove, è un mero “fatto”, tristissimo per chi lo compie così come per chi resta, schiacciato da una montagna di rimorsi e di sensi di colpa, ma non è (e non può essere) l'oggetto di un diritto, nella sua propria e ristretta accezione.

La Costituzione (in ispecie, una come la nostra, di tradizioni liberali), col fatto stesso di riconoscere i diritti fondamentali, implica di necessità la vita della persona, sulla quale i diritti stessi si radicano

e dalla quale stabilmente si tengono; è nel suo insieme un autentico inno alla vita, non già al suo contrario, la morte. Ed è francamente stupefacente che a fondamento del (supposto ma inesistente) diritto al suicidio sia invocato da parte di molti proprio quel diritto alla salute – art. 32 Cost. – il cui esercizio ha per esclusivo fine la salvaguardia della stessa e, in taluni casi, della vita della persona.

È interessante notare come la stessa giurisprudenza costituzionale, nella prima pronuncia su *Cappato*, abbia esplicitamente riconosciuto che “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”. Un punto, questo, fissato con molta chiarezza e (apparente) fermezza ma successivamente abbandonato negli ulteriori svolgimenti argomentativi della decisione in parola, così come poi da quella del 2019 di chiusura del caso.

Ora, che il suicidio sia un mero “fatto”, e non già l’oggetto di un diritto, è avvalorato dalla circostanza per cui esso è riconosciuto dalla giurisprudenza unicamente a beneficio di alcuni soggetti ed al ricorrere di certe circostanze, il cui riconoscimento in concreto e la verifica della effettiva osservanza possono peraltro talora presentarsi alquanto problematici ed incerti. Insomma, a giudizio della Consulta, non si dà un diritto assoluto al suicidio assistito, così come invece taluno vorrebbe, bensì uno condizionato. Che, poi, l’ordinamento qualifichi il suicidio stesso, in via generale, come un “disvalore” è dimostrato *per tabulas* dal carattere penalmente illecito della istigazione a compierlo. Né giova a mitigarne la portata il fatto che il tentativo di farlo in essere resta privo di sanzione (un argomento, questo, particolarmente messo in evidenza da parte della dottrina penalistica), dal momento che – come si è fatto notare altrove – ciò si deve alla *pietas* nei riguardi di persone in stato di particolare disagio psichico, talvolta accompagnato da gravi sofferenze fisiche.

Se le cose stanno così come sono qui viste, appare insensata la pretesa vantata da un soggetto che intenda porre fine ai propri giorni nei riguardi di terzi perché adottino comportamenti, attuosi ovvero omissivi, volti all’obiettivo dello spegnimento della vita; più ancora, poi, lo è nei riguardi degli operatori sanitari obbligati dal codice deontologico di categoria a spendersi per la salute e la vita dei pazienti, non già per la loro morte.

Di qui, tra l’altro, il bisogno di preservare l’obiezione di coscienza dei medici e del personale sanitario in genere con riguardo alle attività volte allo spegnimento di una esistenza umana, secondo quanto prefigurato dalla stessa Corte in *Cappato*. Ed è proprio con riferimento a questo punto che desidero svolgere in chiusura del mio intervento alcune rapide notazioni.

5. Succinte notazioni finali in merito ai progetti di legge relativi alle esperienze di fine-vita, con specifico riguardo al bisogno di preservare l’obiezione di coscienza del personale sanitario nello svolgimento delle attività volte a provocare la morte della persona

Solo alcune minime notazioni a margine dei progetti di legge in atto pendenti davanti alla Camera e miranti all’obiettivo di dare seguito alla decisione della Consulta su *Cappato*.

La maggiore carenza si riscontra, a mio modo di vedere, in relazione al trattamento da riservare ai minori d’età, sia se in grado di autodeterminarsi (questione, peraltro, di non sempre agevole soluzione) sia (e soprattutto) se incapaci, per età o menomazione psico-fisica, di farvi luogo (un cenno, per vero, c’è in C. [1888](#) – art. 6 – che, nondimeno, meriterebbe di essere ancora meglio precisato e svolto).

Non è chi non veda la differenza che passa tra i casi in cui i genitori o chi ne fa le veci fanno luogo a scelte idonee a riflettersi sul patrimonio o sulla stessa persona del minore e quello che porta allo spegnimento della sua vita. Ci si guardi, a tal proposito, dal far luogo ad accostamenti tra esperienze che, ad una prima (ma erronea) impressione, sembrano appunto tra di loro confrontabili e quelle di cui si viene ora dicendo, in particolare ci si guardi dalla suggestione esercitata dal noto criterio del *contrarius actus*. È perciò che, a parer mio, alla volontà dei genitori (o di altri soggetti) deve essere dato il massimo rilievo laddove si tratti di assicurare il mantenimento in vita del minore, sempre che

ai medici non sia richiesto di adottare trattamenti espressivi di accanimento sanitario (un criterio, questo, al quale occorre rifarsi anche per il caso, particolarmente doloroso, di contrasti tra gli stessi genitori in ordine a ciò che è opportuno fare nell'interesse della prole sofferente). Di contro, ciò non può valere per il caso opposto dello spegnimento della vita, in linea con quanto si è venuti dicendo a riguardo della salvaguardia di quest'ultima quale bene primario per Costituzione. Vita e morte insomma – come si diceva – non sono affatto beni speculari, di egual peso e valore, com'è invece patrocinato dalla giurisprudenza e dai suoi benevoli seguaci, con la conseguenza che quanto attiene alla prima richiede di essere tenuto nettamente distinto da ciò che ha riguardo alla seconda.

Un punto su cui solleco un supplemento di riflessione è, poi, quello concernente il diritto alla obiezione di coscienza del personale medico e sanitario in genere che dovesse trovarsi chiamato a prestare la propria opera al fine di vedere appagata la volontà della persona di darsi la morte.

Con specifico riguardo al punto ora toccato, complessivamente disallineato rispetto alle indicazioni date dalla pronunzia della Consulta su *Cappato* appare essere il progetto di legge C. n. 2, presentato quando ancora il caso in parola non si era manifestato, dal momento che è in esso fatto obbligo al personale suddetto di attivarsi al fine di dar modo al disegno perseguito dalla persona che intenda porre fine ai propri giorni di potersi realizzare (similmente i progetti C. [1586](#) e [1655](#), nei quali ugualmente non si fa parola alcuna del diritto in parola).

L'obiezione di coscienza è invece prevista da C. [1875](#) e [1888](#): nell'uno, tuttavia, diversamente dal secondo, è fatto comunque obbligo alla struttura ospedaliera di garantire in ogni caso l'adempimento del diritto all'eutanasia (cosa che però potrebbe talora dimostrarsi materialmente impossibile, a motivo della indisponibilità al riguardo manifestata da tutto il personale sanitario), a pena del risarcimento del danno morale e materiale.

Fulvio Gigliotti

Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura e permanenza in carica.

*Le ragioni (esclusivamente tecniche) di un voto**

ABSTRACT: *The paper examines the so-called "Davigo judgement": in particular, the issue concerning the supervening termination of membership in the judicial order of a member of the Italian Consiglio Superiore della Magistratura (C.S.M.), due to his retirement in reason to age limits (if the turning seventy necessarily entails his forfeiture from the held office). The author takes the positive position, considering critically the theses contrary to the maintenance of the mandate.*

SOMMARIO: 1. Premessa. Il c.d. «caso Davigo». – 2. La tesi contraria alla permanenza in carica del consigliere togato collocato a riposo in corso di mandato. – 3. Segue: osservazioni critiche. – 4. Argomenti a sostegno della soluzione positiva.

1. Premessa. Il c.d. «caso Davigo».

Nelle ultime settimane si è sentita ripetutamente considerare – da più parti, e con diversa prospettazione¹ – la questione se la sopravvenuta cessazione dell'appartenenza all'ordine giudiziario di un componente togato del C.S.M., a causa del suo collocamento a riposo per sopraggiunti limiti di età, comporti anche, necessariamente, la sua decadenza dalla carica rivestita².

Della questione, inizialmente fatta oggetto di riflessione soltanto teorica, ha poi dovuto occuparsi, proprio nei giorni appena trascorsi, il Consiglio Superiore della Magistratura, che – all'esito di un'istruttoria (almeno a giudizio di chi scrive) non esente da molteplici ragioni di perplessità³ (e nella

* Contributo sottoposto a referendum.

¹ Il dibattito era stato avviato, almeno nelle riviste giuridiche (e tralasciando le discussioni apparse sugli organi di informazione), da R. ROMANELLI - G. VARANO, *CSM: l'esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza nella carica di consigliere togato*, in *Diritto di Difesa*, 19.4.2020 (i quali concludevano per la sicura decadenza dalla carica del consigliere togato collocato a riposo per sopraggiunti limiti di età, pur non facendo espresso riferimento alla posizione del Dott. Piercamillo Davigo, il cui settantesimo compleanno, come ormai ampiamente noto, cade il 20 ottobre 2020); ma maggiore risonanza sicuramente – e specialmente negli ambienti giudiziari – ha avuto il contributo (comunque orientato verso la medesima soluzione) di N. ROSSI, *Sta per nascere al C.S.M. un caso Davigo?*, in *Questione Giustizia*, 31 luglio 2020, il quale, peraltro, ha affrontato la questione, oltre che nei suoi aspetti astratti, proprio con specifico riguardo al «caso Davigo». Orientati per la decadenza dalla carica anche R. RUSSO, *L'affaire Davigo. Semel iudex semper iudex?*, in *Giustizia Insieme*, 12.10.2020 e R. DE VITO, *Il caso Davigo: la vera posta in gioco*, in *Questione Giustizia*, 12.10.2020. In senso contrario alla decadenza, invece, si sono espressi M. A. CABIDDU, *C.S.M.: i membri eletti del Consiglio durano in carica quattro anni, anche quando si chiamano Davigo*, in *Questione Giustizia*, 8.10.2020; e S. AMORE, *Una diversa opinione. Collocamento in quiescenza del magistrato ordinario e cessazione del mandato elettivo al C.S.M.*, in *Giustizia Insieme*, 12.10.2020.

² «Una volta cessata l'appartenenza del magistrato all'ordine giudiziario – su cui si radica l'elettorato passivo e su cui poggia la rappresentatività stessa del componente togato – chi non appartiene più alla magistratura può continuare ad esercitare le funzioni di amministrazione della giurisdizione e quelle di giudice disciplinare?». È questa la domanda alla quale Nello Rossi, autorevole esponente di *Magistratura Democratica* e Direttore della Rivista *Questione Giustizia* ha ritenuto necessario «dare una risposta coerente ai principi ed alle regole se si vuole evitare che il Consiglio Superiore della Magistratura, già scosso dagli avvenimenti dell'ultimo anno, vada incontro a nuovi problemi e nuove tensioni», in apertura del contributo più sopra richiamato, nella nota 1.

³ Con Delibera del Comitato di Presidenza del C.S.M., datata 8 settembre 2020, la questione è stata assegnata alla c.d. *Commissione verifica titoli*, competente per l'istruttoria delle verifiche di cui all'art. 20, comma 1, nn. 1 e 2, della l. 24 marzo 1958, n. 195, istitutiva del Consiglio Superiore della Magistratura.

Senonché, occorre considerare che la predetta Commissione, secondo quanto stabilito dal *Regolamento interno del C.S.M.*, ha la funzione di «riferire sulla verifica delle elezioni dei componenti del Consiglio» in sede di *primo insediamento* della Consiliatura (art. 1, comma 2, Reg. int.) e, più in particolare, «sulla verifica dei titoli dei componenti eletti dai magistrati, dei requisiti di eleggibilità dei componenti eletti dal Parlamento, delle eventuali incompatibilità da rimuovere

quale è anche stato acquisito, forse irritualmente⁴, un parere dell'Avvocatura dello Stato⁵ – ha infine deliberato, nella seduta plenaria del 19 ottobre 2020, nel senso della decadenza dalla carica⁶. Chi scrive – nella sua qualità di Consigliere del C.S.M. – ha partecipato al voto, illustrando

nei termini stabiliti dalla legge, nonché sui ricorsi proposti avverso le operazioni per l'elezione dei componenti eletti dai magistrati» (art. 2, comma 1, Reg. int.), fermo restando che «sulle proposte avanzate dalla Commissione delibera il Consiglio» (art. 2, cpv. Reg. int.).

Non ha, invece, alcuna competenza (neppure istruttoria) sulla verifica della permanenza, *durante la carica*, dei requisiti di eleggibilità del consigliere eletto. Differentemente da quanto poi ribadito da altra delibera del *Comitato di Presidenza* – assunta (all'esito di specifiche richieste avanzate anche da chi scrive, oltre che dal Consigliere Prof. A.M. Benedetti, in seno alla *Commissione*, nonché dal Consigliere Avv. Stefano Cavanna) in data 8 ottobre 2020 – una competenza di tale genere non può neppure desumersi, a nostro giudizio, da quanto dettato dall'art. 9, comma 1, del richiamato *Regolamento interno* (che riguarda, come evidenzia la sua rubrica, la «verifica *successiva* per situazioni sopravvenute»), il cui dato testuale è il seguente: «se, dopo la verifica effettuata ai sensi dell'art. 2, si deve provvedere alla sostituzione di componenti del Consiglio *venuti a cessare per qualsiasi causa*, il Consiglio provvede alla stessa verifica, nonché alla proclamazione, se si tratta di componente eletto dai magistrati, su relazione della Commissione prevista dall'art. 1, comma 2. Analogamente provvede se sopravvengono motivi di incompatibilità previsti e regolati dall'art. 33 della legge 24 marzo 1958, n. 195, nonché dall'art. 29 del d.p.r. 16 settembre 1958, n. 916».

Invero, nonostante il contrario avviso del *Comitato* – che ha ritenuto di poter desumere una simile competenza dalla disposizione regolamentare appena trascritta, sul presupposto che la *Commissione verifica titoli* si vedrebbe da tale previsione attribuita (anche) la competenza a «valutare la cessazione *per qualsiasi causa* di un componente e la conseguente sostituzione del medesimo» – appare evidente che l'avvenuta cessazione dalla carica di un componente è assunta, nella norma indicata, esclusivamente sotto il profilo della *fattispecie* (i.e., situazione di fatto che, *una volta verificatasi*, importa una determinata conseguenza) e non sotto la dimensione dell'*effetto giuridico* (i.e., attribuzione, nel caso di specie, delle competenze a pronunciare della *Commissione verifica titoli*); d'altra parte, la «*stessa verifica*» di cui è menzione nella norma – e che, *unicamente*, rientra nel novero delle competenze attribuite – è, manifestamente, la verifica di cui all'art. 2 Reg. int., la quale in nessun modo riguarda la «cessazione dalla carica» ma, soltanto, i *titoli di ammissione* dell'eletto (verifica, quindi, che il cit. art. 9 circoscrive, soggettivamente, alla posizione del subentrante, e non certo del soggetto cessato dalla carica).

Ad ulteriore conferma di quanto appena illustrato va anche segnalato, infine, che lo stesso art. 9, comma 2, Reg. int. stabilisce che sulle *cause di decadenza* è chiamato direttamente a pronunciarsi il Consiglio (non sulla base di relazioni o proposte della *Commissione verifica titoli*, ma) sulla base di una relazione del *Comitato di Presidenza* (questo il testo della disposizione: «nei casi previsti dall'art. 37 della legge 24 marzo 1958, n.195, come sostituito dall'art. 6 della legge 3 gennaio 1981, n. 1, il Consiglio delibera in ordine alla declaratoria di sospensione o di decadenza sulla base di una relazione del Comitato di Presidenza»): e nessun dubbio può porsi in ordine alla circostanza che l'eventuale cessazione dalla carica per collocamento a riposo in ragione di sopraggiunti limiti di età potrebbe astrattamente configurarsi (ove effettivamente predicabile) solo come *decadenza* dalla carica (comunque nulla avendo da spartire con (il possesso dei) «titoli di ammissione», la cui verifica, appunto, è rimessa alla *Commissione* di cui all'art. 1, comma 2, Reg. int.).

⁴ Il parere di cui nel testo è stato richiesto dalla *Commissione verifica titoli* (pur se la richiesta è stata inoltrata all'Avvocatura dello Stato per il tramite del *Comitato di Presidenza*). Al riguardo, se si concorda con quanto più sopra illustrato nella nota che precede, appare evidente che tale parere è stato richiesto nel corso di una procedura viziata da sicura incompetenza dell'organo istruttorio richiedente, con la conseguenza che, quanto meno, potrebbe dubitarsi della sua piena utilizzabilità nel procedimento (avendo, più o meno, lo stesso valore di un parere che fosse stato richiesto (e ottenuto) dal *singolo Consigliere*, egualmente privo, però, di una specifica competenza istruttoria).

⁵ Il parere è stato reso accessibile (solamente) ai singoli Consiglieri, con modalità assai rigorose, rimanendo altrimenti secretato (e, comunque, come ricordato nello stesso parere, sottratto all'accesso a norma di legge). Nonostante ciò, lo stesso è comunque pervenuto (attraverso fonte non meglio identificata) alla stampa, dal momento che la stessa ne ha (seppure solo assai sinteticamente) potuto riferire il contenuto (indicandolo come negativo rispetto alla possibilità della permanenza in carica del consigliere togato collocato a riposo). Ad ogni modo, chi scrive preferisce evitare (in questa sede) un *diretto confronto* con le specifiche argomentazioni recate dal parere in questione, trattandosi di atto (che è stato possibile leggere in ragione della carica) comunque sottratto all'accesso (anche se – occorre sottolineare – ampi riferimenti allo stesso sono contenuti nella «proposta» della *Commissione verifica titoli* sottoposta al *Plenum* per la seduta del 19 ottobre 2020, consultabile sul [sito del C.S.M.](#) nella Sezione «*lavori del Consiglio*»): sarà sufficiente rilevare, peraltro, che esso non ha introdotto argomenti ulteriori rispetto a quelli già presenti nel dibattito dottrinale e (soprattutto) giurisprudenziale sul tema (di cui nel prosieguo meglio si dirà), tranne, forse, per un profilo dal quale – nonostante il diverso avviso del parere sul punto – parrebbe possibile, per vero, trarre argomenti in direzione contraria (piuttosto che conforme) a quella fatta propria dall'Avvocatura.

⁶ In particolare, la delibera di decadenza è stata assunta con 13 voti favorevoli, tra i quali quelli dei componenti il *Comitato di Presidenza*, 6 contrari (tra cui chi scrive) e 5 astenuti.

preventivamente le ragioni del proprio orientamento (favorevole alla permanenza in carica del consigliere togato collocato a riposo): ragioni che – (occorre qui sottolineare) differentemente da quanto asseritamente attribuito da taluni organi di stampa – hanno però trovato fondamento non già in una possibile valenza «politica» (in senso assai ampio) della scelta, ma, esclusivamente⁷, su considerazioni tecniche, alla cui illustrazione, appunto, questo contributo viene dedicato⁸.

2. La tesi contraria alla permanenza in carica del consigliere togato collocato a riposo in corso di mandato.

La soluzione intesa ad affermare la necessaria *decadenza*⁹ dalla carica di un consigliere togato del C.S.M. collocato a riposo, per sopraggiunti limiti di età, durante l'espletamento del mandato è stata sostenuta sulla base di una pluralità di ragioni, per lo più di tipo logico¹⁰, ancorché non puntualmente fondate sulla precisa individuazione di uno specifico dato normativo dal quale una siffatta conclusione dovrebbe ricavarsi.

Provando qui a riassumere le principali argomentazioni addotte a sostegno di quella soluzione – tendenzialmente fondate sul richiamo del tutto acritico ad un noto precedente¹¹ della giurisprudenza¹²

⁷ Fermo restando, naturalmente, il massimo apprezzamento personale e professionale che chi scrive ha più volte avuto occasione di esprimere nei confronti del Dott. Piercamillo Davigo (apprezzamento che, tuttavia, non ha certamente fondato la scelta del voto, la quale non può che rispondere – crediamo – unicamente alla rigorosa applicazione delle regole che presiedono alla soluzione della questione, pur se, naturalmente, secondo la rappresentazione che di queste appare a ciascuno, secondo scienza e coscienza, la più corretta).

⁸ Volendosi qui fugare ogni ombra in ordine alla possibilità di sostenere (almeno con riferimento a chi scrive) che – come è stato recentemente asserito (s'intende: in termini generali, e senza alcun riferimento soggettivo) da R. DE VITO, *Il caso Davigo: la vera posta in gioco*, cit. – «quella che appare la più tecnica delle decisioni è, in realtà, la più politica».

⁹ Per questa specifica *qualificazione* della (causa di) cessazione v., in particolare: N. ROSSI, *Sta per nascere al C.S.M. un caso Davigo?*, cit., § 3 (il quale scrive: «la cessazione dello *status* di magistrato – sia essa l'effetto di una scelta volontaria, come nel caso delle dimissioni dalla magistratura, di una situazione di natura oggettiva come avviene per il collocamento in quiescenza o di una sentenza penale di condanna – determina la perdita del requisito, indispensabile, della capacità elettorale passiva e produce di conseguenza l'automatica *decadenza dalla carica* di consigliere superiore»; corsivo nostro); nello stesso senso già R. ROMANELLI - G. VARANO, *C.S.M.: l'esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza nella carica di consigliere togato*, cit., 7, i quali, in chiusura del loro contributo sottolineano che «il magistrato che nel corso della carica di consigliere togato del Consiglio superiore cessasse dalle funzioni giudiziarie (anche per raggiunti limiti d'età) non potrà, in caso di mancate dimissioni volontarie, che *essere dichiarato decaduto* dalla predetta carica (e quindi sostituito con le modalità stabilite dall'art. 37 della Legge n. 195 del 1958)» (corsivo nostro).

¹⁰ Sul tema dei cc.dd. argomenti *logici* di interpretazione v., per tutti, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 391 ss., il quale (peraltro, in prospettiva critica) non manca anche di segnalare che la distinzione tra argomenti «logici» e «non logici» di interpretazione «si sovrappone a un'altra distinzione, altrettanto tradizionale: quella tra gli argomenti cosiddetti «produttivi» o «della produzione giuridica» e gli argomenti (meramente) interpretativi».

¹¹ Il riferimento è alla ormai ben nota pronuncia di Cons. Stato, 16 novembre 2011, n. 6051 (in *Foro it.*, 2012, III, 363), della quale assume particolare rilievo il seguente «passaggio» del punto 4 della motivazione in diritto: «se [...] per «autogoverno» deve intendersi un sistema in virtù del quale la gestione e l'amministrazione di una determinata istituzione è affidata ai suoi stessi esponenti, nella specie attraverso un organo costituito in base al principio di rappresentatività democratica, ne discende che la qualità di appartenente all'istituzione medesima (nella specie, l'ordine giudiziario) costituisce condizione sempre essenziale e imprescindibile per l'esercizio della funzione di autogoverno, e non solo per il mero accesso agli organi che la esercitano. In altri termini, il fatto che il legislatore non abbia espressamente previsto la cessazione dall'ordine giudiziario per quiescenza fra le cause di cessazione della carica di componente del C.S.M. dipende non già da una ritenuta irrilevanza del collocamento a riposo, ma dall'essere addirittura scontato che la perdita dello *status* di magistrato in servizio, comportando il venir meno del presupposto stesso della partecipazione all'autogoverno, è ostativa alla prosecuzione dell'esercizio delle relative funzioni in seno all'organo consiliare. Di conseguenza, del tutto legittima è una lettura lata del citato art. 39, l. nr. 195/1958 laddove prevede il subentro del primo dei non eletti in caso di cessazione dalla carica «per qualsiasi ragione», ben potendo ricomprendersi in tale ampia formula anche l'ipotesi suindicata senza alcuna indebita estensione analogica di norme eccezionali e senza alcuna violazione di principi di rango superiore».

¹² Un precedente in qualche modo assimilabile a quello richiamato nel testo viene segnalato da R. ROMANELLI - G. VARANO, *C.S.M.: l'esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza nella carica di consigliere togato*, cit.,

amministrativa¹³ – si è sostenuto quanto segue: a) intanto, e primariamente, muovendo dalla premessa implicita che il *Consiglio Superiore della Magistratura* sia da intendere come organo di *autogoverno* della Magistratura stessa (espressione, quest'ultima, sulla quale, tuttavia, si dovrà necessariamente ritornare nel prosieguo¹⁴), si è affermato

5, in relazione alla collocazione a riposo del Presidente del Collegio dei revisori dell'*Istituto Nazionale per il Commercio Estero*: si tratta di Corte Conti, Sez. contr. Enti, 26 aprile 1995, n. 25, secondo la quale «non è conforme a legge la permanenza in carica del Presidente del collegio dei revisori dell'istituto nazionale per il commercio estero, nominato nella qualità di Magistrato della Corte dei Conti, successivamente al suo collocamento a riposo, sia perché la cessazione dal servizio comporta la perdita dello “status” magistratuale (per cui suol dirsi che il collocato a riposo diventa estraneo all'amministrazione) sia perché la specifica previsione normativa dell'art. 12 dello statuto dell'ente (“il collegio dei revisori è composto”...) non può postulare interpretazione diversa da quella che ipotizzi il possesso di tutti i requisiti soggettivi prescritti per la nomina dei suoi componenti non solo in quella fase, ma durante l'intero periodo di esercizio dell'incarico». Non sembra, peraltro, che si tratti di precedente effettivamente rilevante; nella specie, invero, la disciplina allora vigente della materia (art. 12, comma 1, D.P.R. 18 gennaio 1990, n. 49), della quale la Corte era chiamata a fare applicazione, disponeva che «il collegio dei revisori [...] è composto da [...] un magistrato del Consiglio di Stato o della Corte dei conti con qualifica non inferiore a quella di presidente di sezione. Quest'ultimo ne assume la presidenza», così mostrando di fare riferimento a una qualifica richiesta non solo all'atto dell'assegnazione all'Ufficio, ma anche ad ogni momento di funzionamento dello stesso. Per contro, il riferimento recato dall'art. 104 Cost. («appartenenza» del consigliere togato a una categoria di magistrati) è sicuramente riferito alla *elezione* («i componenti [...] sono eletti [...] tra [...]») e, dunque, al momento della scelta (e non a quello del funzionamento dell'organismo): «il testo costituzionale infatti usa il termine categoria a fini puramente strumentali e cioè all'unico scopo di individuare le modalità di *elezione* al Consiglio» (così, testualmente, nella *Relazione annuale sullo stato della giustizia*, anno 1971, edita dal C.S.M., sotto il titolo *Società italiana e tutela giudiziaria dei cittadini. Prime linee di riforma dell'ordinamento giudiziario*, Roma, 1971, 24).

Più pertinente, ma comunque non direttamente riferibile alla fattispecie, altro precedente richiamato da N. ROSSI, *Sta per nascere al C.S.M. un caso Davigo?*, cit. (Cons. Stato, Ad. Sez. I, 7 marzo 2007, relativo ad un parere espresso in ordine alla possibilità, per un magistrato della Corte dei Conti eletto nel relativo Consiglio di Presidenza, di rimanere nell'organo elettivo dopo il suo collocamento fuori ruolo per lo svolgimento di altro incarico). Nella specie, in effetti, la risposta al quesito fu negativa, sulla base del rilievo che «dal punto di vista dell'eletto l'elettorato passivo, dopo l'elezione, si traduce in un diritto alla permanenza nella carica elettiva che – a pena di decadenza – rimane condizionato al non sopravvenire di fatti che privino il soggetto dell'attitudine rappresentativa a suo tempo necessaria per l'elezione» (così, testualmente, il parere, sul quale, in senso critico: S. AMORE, *Una diversa opinione*, cit., § 4.; e, più diffusamente, M. A. CABIDDU, *C.S.M.: i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni, anche quando si chiamano Davigo*, cit., § 4.1).

Nondimeno occorre anche considerare che:

- la disciplina riferibile al caso in questione (anche con riguardo a quella secondaria regolamentare adottata dal Consiglio di Presidenza) aveva sempre previsto *espressamente* che la perdita dei requisiti di eleggibilità fosse causa di decadenza dall'incarico (cfr. art. 7, comma 4, della legge 27 aprile 1982, n. 186, a norma del quale «i membri eletti che nel corso del triennio perdono i requisiti di eleggibilità o cessano per qualsiasi causa dal servizio oppure passano dal Consiglio di Stato ai tribunali amministrativi regionali o viceversa, sono sostituiti, per il restante periodo, dai magistrati appartenenti al corrispondente gruppo elettorale che seguono gli eletti per il numero dei suffragi ottenuti»);

- l'abrogazione del cit. art. 7, comma 4, l. n. 186/82, disposta dall'art. 1, comma 2, ult. inciso, d.lgs. 7 febbraio 2006, n. 62 non corrispondeva alla volontà del legislatore delegante (v., infatti, l'art. 2, comma 17, l. 25 luglio 2005, n. 150), tanto da aver condotto Corte cost. 30 gennaio 2018, n. 10, a dichiararne l'incostituzionalità per contrasto con l'art. 76 Cost., a causa dell'eccesso di delega;

- lo stesso parere del Consiglio di Stato ha sottolineato (come assai opportunamente evidenziato da M. A. CABIDDU, *op. cit.*, § 4.1) che la disciplina del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, modellata su quella del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa, può ben «variare grazie alle novellazioni successive, non esistendo una regola superiore che la irrigidisca per modo che la portata della simiglianza ravvisata in origine tra i due organi resti comunque immutata nel tempo e non diminuibile. Entrambi i consigli di presidenza non sono, a differenza del Consiglio superiore della magistratura, organi di rilievo costituzionale: che si introduca il principio dell'autogoverno anche per le magistrature speciali è certamente conforme alle caratteristiche e alle garanzie che la Costituzione delinea per tutte le magistrature, ma non è necessitato; a maggior ragione non è dato rinvenire al livello costituzionale una qualche regola che imponga la specularità organizzativa di questi organi tra loro o rispetto al C.S.M.».

¹³ Va anche evidenziato, per una più puntuale informazione sul tema, che il precedente della giustizia amministrativa appena richiamato nella nota che precede ha affrontato solo incidentalmente la questione (v., infatti, *infra*, § 3, nt. 23).

¹⁴ Su tema v., ad es., G. ROSSI, *Autoamministrazione e gestione corporativa della magistratura*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Consiglio Superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001, 251 ss.

che la mancanza di una espressa previsione di decadenza per la cessazione dall'ordine giudiziario (per quiescenza) dipenderebbe non già dalla irrilevanza di tale condizione, ma – all'opposto – dall'essere addirittura «scontato» che la perdita dello *status* di magistrato in servizio faccia venire meno le condizioni per l'appartenenza del Consigliere (togato) eletto¹⁵ all'organo consiliare¹⁶;

b) sotto altro profilo, si è anche proposto un confronto con la disciplina del mandato dei Giudici costituzionali¹⁷, sia per sottolineare che mentre per questi è espressamente stabilito in Costituzione che il mandato ha durata novennale «*per ciascun giudice*» (art. 135, comma 3, Cost.), per contro, il riferimento dell'art. 104 Cost. alla durata *quadriennale* del mandato di Consigliere del C.S.M. sarebbe da riferire alla *durata dell'organo collegiale* nel suo complesso, e non dei suoi singoli componenti; il confronto con la Corte costituzionale è stato inoltre considerato anche per sottolineare che solo in

¹⁵ È questo, in particolare, l'argomento centrale della motivazione di Cons. Stato, 16 novembre 2011, n. 6051, cit., al quale presta sostanziale adesione N. ROSSI, *Sta per nascere al C.S.M. un caso Davigo?*, cit. Anche secondo R. ROMANELLI - G. VARANO, *C.S.M.: l'esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza nella carica di consigliere togato*, cit., 3, «l'appartenenza al corpo della magistratura costituisce il presupposto indefettibile, o se si preferisce una precondizione, per continuare ad esercitare le proprie funzioni di rappresentanza in seno al Consiglio superiore». In senso critico, sul punto, v. M. A. CABIDDU, *C.S.M.: i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni, anche quando si chiamano Davigo*, cit., § 3; S. AMORE, *Una diversa opinione*, cit., § 2.

¹⁶ Da ultimo, pone la questione (pressoché esclusivamente) in termini di (perdita dei requisiti di) «*rappresentatività*» R. DE VITO, *Il caso Davigo: la vera posta in gioco*, cit., secondo il quale «occorre essere ben avvertiti [...] del gravissimo pericolo che si corre nel gettare a mare la *rappresentatività democratica* del Consiglio superiore per sostenere la tesi della permanenza in carica di un consigliere non più appartenente all'ordine giudiziario»; e ciò in quanto, a giudizio dell'A., autorevole esponente di *Magistratura Democratica*, «appartenenza e rappresentatività costituiscono un binomio indefettibile nel concetto di governo autonomo. Non solo perché non si può essere rappresentativi se non si è appartenenti – cosa che si tocca con mano anche nel funzionamento quotidiano del Consiglio –, ma anche perché l'appartenenza, con le conseguenze che ne derivano in termini di soggezione al procedimento disciplinare, impedisce che la rappresentatività trasmodi in arbitrio».

In analoga direzione, R. RUSSO, *L'affaire Davigo. Semel iudex semper iudex?*, cit., rileva che «il rigoroso rispetto della 'categorizzazione' rende puntuale e articolato il *principio di rappresentatività*, cioè l'esigenza che il Consiglio, nella sua componente togata, costituisca l'espressione di *gruppi di interessi professionali sufficientemente omogenei*, in concreto individuati per legge nelle categorie dei magistrati, esercenti in concreto: le funzioni di legittimità presso la Suprema Corte ovvero la P.G. (due seggi); le funzioni requirenti (quattro seggi); le funzioni di merito (dieci seggi)».

Non può sottacersi, peraltro, che l'idea secondo la quale il *Consiglio Superiore* sarebbe da intendere come organismo «*rappresentativo*» della magistratura o del potere giudiziario (pur se autorevolmente patrocinata: v., ad es., V. ONIDA, *Quattro note sul Presidente della Repubblica ne Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Pol. dir.*, 1986, 163) non solo ha incontrato severe censure nella elaborazione scientifica sul tema (per tutti v. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1963, 3 ss.; G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, 2009, 82) quanto, soprattutto, è stata smentita dalla giurisprudenza costituzionale che ha avuto modo di occuparsi della questione (in proposito v. soprattutto Corte cost., 18 luglio 1973, n. 142).

Ampia informazione sul punto (con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza costituzionale e alla letteratura in materia) nel volume di S. BENVENUTI, *Il Consiglio Superiore della Magistratura francese. Una comparazione con l'esperienza italiana*, Milano, 2011, 10 ss., al quale si fa rinvio; e v. pure F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *La Magistratura (tomo II)*, in *Comm. della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1986, 45 e 58.

¹⁷ L'argomento è proposto da N. ROSSI, *op. cit.*, § 3; nello stesso senso si è autorevolmente pronunciato G. M. FLICK, *Davigo non può restare al C.S.M. anche dopo il congedo*, in una intervista resa alla testata «*Il Dubbio*», pubblicata in data 26 settembre 2020: in tale sede, il Presidente emerito della Consulta ha rilevato come il confronto con la Corte costituzionale (e con l'art. 135 Cost. in particolare) valga a dimostrare «quanto sia improponibile l'ipotesi che un consigliere togato del C.S.M. resti in carica come tale anche dopo che sia andato in quiescenza come magistrato», essendo esplicitamente previsto (solo) nell'art. 135 Cost. che «il mandato dei giudici è di nove anni "per ciascuno di essi". Non si parla di durata della Corte, di un suo determinato collegio, ma della permanenza del singolo componente». Rileva, però, a tal riguardo M. A. CABIDDU, *C.S.M.: i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni*, cit., in fine del § 2, che «la tesi non convince. Certo, non vi è dubbio che nell'art. 135 la durata del mandato sia riferita al singolo ma altrettanto indubbio è che nell'art. 104 la durata del mandato dei membri elettivi sia fissata in quattro anni ma – attenzione – per tutti e quindi per ciascuno di essi, posto che il tutti ricomprende i singoli, con esclusione – si ripete – dei soli componenti di diritto».

quel caso è espressamente prevista l'eleggibilità (a Giudice costituzionale) di magistrati *a riposo* (art. 135, comma 2, Cost.), mentre analoga previsione difetta per il C.S.M.¹⁸;

c) in continuità con questo argomento, non si è mancato di sottolineare che la categoria dei *magistrati a riposo* era stata contemplata, nel corso dei lavori della Costituente, per integrare, unitamente a professori e avvocati, la componente c.d. «laica» di designazione parlamentare, ma tale previsione fu poi abbandonata, non approdando al testo costituzionale definitivo;

d) per altro verso, si è anche evidenziato che la particolare condizione del *Consigliere non più togato* creerebbe una singolare figura di Consigliere «laico», non solo capace (secondo una opinione) di alterare il rapporto proporzionale (due terzi/un terzo) previsto in Costituzione tra togati e laici¹⁹, ma anche dallo *status* del tutto particolare²⁰, perché non più sottoponibile a procedimento disciplinare e alla decadenza legislativamente prevista per il Consigliere togato che dovesse riportare sanzione²¹ più grave dell'ammonimento²²;

¹⁸ Sempre G. M. FLICK, *Davigo non può restare al C.S.M. anche dopo il congedo*, cit., ha anche evocato un confronto con la carica di Presidente della Corte costituzionale e la disciplina della sua rieleggibilità, osservando che «la carica ha una durata triennale. Poi può essere rinnovata per tre anni ancora. Ma a condizione che quel presidente della Corte si trovi, al momento della rielezione, ancora in carica come giudice costituzionale, ossia a condizione che non siano ancora trascorsi i nove anni di durata del mandato. Ancora: se trascorsi i primi tre anni si è rieletti al vertice della Consulta, si decade da presidente non appena scade il mandato di giudice, anche se il secondo triennio non è stato completato. Cosa vuol dire? Che la carica successiva, l'elezione a presidente, è sempre indissolubilmente subordinata alla condizione che ne è il presupposto: lo *status* di giudice costituzionale». Si tratta, peraltro, di un confronto privo di qualsiasi forza dimostrativa, ove si consideri che, in tal caso, è la stessa previsione costituzionale ad avvertire espressamente che il Presidente della Corte «è rieleggibile, *fermi in ogni caso i termini di scadenza dell'ufficio di giudice*» (art. 135, comma 5, Cost.); per contro, l'art. 104 (comma 6) Cost. si limita a stabilire che «i membri elettivi del Consiglio *durano in carica quattro anni* e non sono immediatamente rieleggibili».

¹⁹ Un implicito riferimento a tale profilo è nelle considerazioni di R. DE VITO, *Il caso Davigo*, cit., il quale sottolinea che «il Consiglio superiore della Magistratura può dirsi organo di governo autonomo della magistratura in quanto sia *composto per due terzi da magistrati*»; e v. pure R. RUSSO, *L'affaire Davigo*, cit., il quale si premura di evidenziare che «la disposizione costituzionale non si limita a stabilire la prevalenza numerica (e perciò decisionale) dei componenti togati (2/3) rispetto ai laici (1/3), giacché impone altresì che i primi siano eletti tra gli appartenenti alle specifiche categorie previste dall'ordinamento giudiziario».

²⁰ Parla di un *tertium genus* (metà pensionato e metà Consigliere), per il quale non esiste spazio nel sistema, N. ROSSI, *Sta per nascere al C.S.M. un caso Davigo?*, cit., § 6. Rileva, invece, S. AMORE, *Una diversa opinione*, cit., § 5, che «una volta [...] che si sia escluso che la cessazione dal servizio per collocamento a riposo faccia venir meno il mandato del Consigliere, è evidente che questo non potrebbe trovarsi in una situazione in cui i suoi poteri e il suo ruolo sono dimezzati. A fronte dell'ibrido paventato da alcuni del “magistrato, metà pensionato e metà consigliere” starebbe, infatti, “il Consigliere dimezzato”, una figura, se possibile e se vogliamo dar sfogo alla nostra fantasia e alle nostre reminiscenze letterarie, ancora più paradossale» (evidente il riferimento letterario al «*Visconte dimezzato*» di I. Calvino).

²¹ Cfr. R. ROMANELLI - G. VARANO, *C.S.M.: l'esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza nella carica di consigliere togato*, cit., 6 s.; nonché N. ROSSI, *Sta per nascere al C.S.M. un caso Davigo?*, cit. § 4, il quale rileva che non sarebbe esercitabile nei confronti del Consigliere togato collocato a riposo «alcuna azione per violazioni del codice disciplinare, mentre resterebbe lettera morta – ancora una volta solo per lui – la norma secondo cui «i magistrati componenti il Consiglio superiore incorrono di diritto nella decadenza dalla carica se riportano una sanzione disciplinare più grave dell'ammonimento (art. 37, comma 4, legge n. 195 del 1958 e succ. modif.)».

²² Osserva R. RUSSO, *L'affaire Davigo*, cit., che l'art. 37 della Legge n. 195 del 1958 «predica la sospensione di diritto del magistrato componente del Consiglio se, dopo la nomina, egli sia stato sospeso dalle funzioni. Ovviamente in tal caso la sospensione perdura fino alla pronuncia di merito disciplinare che, se comporta una sanzione disciplinare più grave dell'ammonimento, provocherà la decadenza e la conseguente sostituzione ai sensi dell'art. 39. Dunque, a *fortiori*, se il componente togato del Consiglio cessa definitivamente dalle funzioni per raggiunti limiti d'età, si darà luogo non a sospensione, ma a immediata sostituzione». Si tratta, tuttavia (è forse opportuno precisarlo subito), di argomento che (almeno a giudizio di chi scrive) non risulta esente da censure: invero, ciò che – nell'ipotesi espressamente considerata nel testo legislativo citato – determina la necessaria (decadenza dalla carica e successiva) sostituzione (e, in dimensione cautelare, la sospensione) non è la *perdita* delle funzioni esercitate, ma il disvalore che, rispetto alla carica svolta, assume (in quel caso) il *fatto oggetto della incolpazione disciplinare* (mentre nessun disvalore, evidentemente, si connette alla cessazione delle funzioni (un tempo: *i.e.*, *prima* dell'assunzione della carica) già esercitate, per effetto del semplice collocamento a riposo).

e) non è mancato, infine, chi ha osservato come una espressa ipotesi di decadenza per cessazione dal servizio per qualsiasi causa sia prevista per altri organismi di «autogoverno», come ad es. dall'art. 69, comma 9, cod. ord. milit., per i componenti togati del Consiglio della Magistratura militare.

3. Segue: *osservazioni critiche*.

Nessuna delle ragioni indicate, come sopra sinteticamente riassunte, appare (almeno a giudizio di chi scrive) realmente decisiva.

Iniziando dalla prima di esse (*sub a*) del § 2), fondata sull'unica pronuncia della giustizia amministrativa che, sia pure solo incidentalmente²³, può dirsi effettivamente essersi *espressa* sul punto, sembra utile evidenziare – anche a prescindere da una effettiva proponibilità del *Consiglio Superiore* come organo di *autogoverno* della Magistratura (in realtà, non corrispondente, a stretto rigore, a quanto emerge dall'architettura costituzionale del Consiglio²⁴) – che la soluzione proposta *prescinde completamente dal riferimento al dato positivo*, trovando fondamento esclusivamente in una *pretesa necessità logica* che muove, tra l'altro, da presupposti assai discutibili: invero, anche a voler prendere per buona fino in fondo l'idea dell'*autogoverno* che ne costituisce la premessa, la soluzione sembra enfatizzare impropriamente la (mutata) condizione soggettiva dell'eletto, trascurando completamente, al contrario, la *scelta*²⁵ preventivamente compiuta dal corpo elettorale²⁶, la quale ultima, più che la *perduranza dello status dell'eletto*, sembra invece da privilegiare nella

²³ Nella specie, infatti, si trattava di decidere se un magistrato eletto Consigliere del C.S.M. potesse rimanere in servizio fino al 75° anno di età, sulla base di una normativa (art. 16 D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 503) che aveva consentito di chiedere, entro un certo termine, il trattenimento in servizio oltre il 70° anno, avendo detto magistrato presentato l'istanza *oltre il termine* predetto. Il Consiglio di Stato, pur concludendo per la natura meramente ordinatoria del termine per la presentazione dell'istanza (con la conseguenza che il trattenimento in servizio fino al 75° anno fu ritenuto operativo), esaminò quindi *preliminarmente* la questione considerata solo sotto il profilo della eventuale carenza di interesse al ricorso (carenza prospettata in giudizio sulla base di una conforme delibera del C.S.M., del 21 aprile 2011), negando che essa sussistesse, appunto perché, secondo la tesi incidentalmente sostenuta, se il trattenimento in servizio non fosse stato da ammettere (mentre nella specie fu ammesso) la conseguenza sarebbe stata proprio quella della decadenza dalla carica.

²⁴ È noto che la formula dell'*“autogoverno”* (che, osserva S. BENVENUTI, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., 7, risale «significativamente [...] al periodo prerепublicano»), inteso come meccanismo corporativo e autoreferenziale di gestione amministrativa, è stata motivatamente censurata, soprattutto in ragione della composizione mista dell'organismo (non essendo prevalsa la proposta del «progetto Calamandrei», di una composizione esclusivamente interna; e v., al riguardo, lo stesso P. CALAMANDREI, *Governo e Magistratura. Opere giuridiche. II*, Napoli, 1966, 218): per tutti v. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., 3 ss.

Sul tema v. anche, pur se con diversità di impostazione: L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Napoli, 1992 (ristampa ESI dell'edizione originale del 1885, con prefazione di A. Pizzorusso); A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad. cost.*, 1989, 471 ss.; G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, cit., 81 ss.

Per contro, secondo la «proposta» – che, peraltro, a norma di *Regolamento interno* avrebbe dovuto assumere la forma della mera «relazione» (cfr. art. 9, comma 1, Reg. int., ancorché non del tutto allineato con quanto dettato, per la verifica immediatamente successiva all'insediamento del Consiglio, dal capoverso dell'art. 2) – della *Commissione verifica titoli* portata all'esame dell'adunanza plenaria del C.S.M. del 19 ottobre 2020, «nessun dubbio può concretamente porsi in ordine al fatto che il C.S.M. sia l'organo di *autogoverno* della magistratura» (enfasi aggiunta).

²⁵ Valorizza proprio il profilo della *scelta*, nel contesto di una analisi diretta ad analizzare *Il processo decisionale del C.S.M. alla luce della teoria dei comitati* (è questo il titolo del saggio, che si legge in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., 257 ss.) G. CORSO (*op. cit.*, 261).

²⁶ Sul problema della «rappresentanza» nell'organo di governo autonomo della Magistratura v. le riflessioni di E. RESTA, *Decidere e rappresentare*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., 265 ss., il quale si domanda «cosa vuol dire rappresentare, e [...] chi rappresenta chi nel meccanismo costituzionale dell'*autogoverno* della magistratura» (*op. cit.*, 265).

prospettiva della più efficace tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della Magistratura (ordinaria, in particolare)²⁷.

Né, d'altra parte, assume carattere risolutivo il confronto (riferito *sub b*) del § precedente) con la disciplina costituzionale dei Giudici della Consulta: invero, la circostanza che in quel caso possa essere *direttamente* eletto, (si badi) *ab initio*, anche un magistrato a riposo²⁸ attiene, all'evidenza, ad un *requisito di eleggibilità*, nulla avendo a che fare con *le cause di decadenza* dalla carica. E nessun dubbio, infatti, potrebbe sorgere circa il fatto che un magistrato (già) a riposo non possa essere eletto come componente del C.S.M.: ma si tratta, manifestamente, di un caso diverso da quello oggi considerato²⁹. D'altra parte, anche il riferimento alla *durata della carica*, che per i Giudici costituzionali decorre, *per ciascuno*, dalla data del proprio giuramento (è questo, in verità, il riferimento testuale presente in Costituzione), non assume valore discriminante, ove si consideri che l'art 104, comma 6, Cost. è altrettanto chiaro nel disporre che il mandato dei componenti elettivi del Consiglio è di durata *quadriennale*, senza nulla statuire in ordine a situazioni di anticipata cessazione del mandato (cosa diversa, del resto, è poterne dedurre che la durata quadriennale *dell'organo collegiale*³⁰ impedisce l'*ultrattività* della carica per il Consigliere subentrato in un momento successivo³¹, rispetto alla deduzione, del tutto estranea alla previsione costituzionale, che la perdita

²⁷ Sottolinea la speciale rilevanza della «diversità delle «fonti» legittimate a scegliere la componente elettiva del C.S.M.», proprio nella prospettiva della garanzia di indipendenza e imparzialità dell'ordine giudiziario, L. ARCIDIACONO, *La presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, Milano, 1988, 34.

In altri termini, la soluzione criticata nel testo non considera adeguatamente che un valore comunque determinante, rispetto alla *presenza* (e, conseguentemente, alla sua permanenza) *in Consiglio* di un determinato soggetto, assume la sua selezione, a monte (e in quanto appartenente ad una determinata categoria professionale), da parte del *corpo elettorale* di riferimento (nel caso di specie: quello dei magistrati), massimamente avuto riguardo, altresì, alla diffusa consapevolezza (trattandosi, evidentemente, di dato oggettivo e preventivamente apprezzabile), da parte degli elettori, della programmata sopravvenienza, in corso di mandato, del limite dell'età pensionabile del soggetto eletto.

²⁸ Così, espressamente, l'art. 135, comma 2, Cost.

²⁹ Non sembra dunque decisiva la considerazione, recata dalla proposta della *Commissione verifica titoli* del C.S.M. portata all'esame dell'adunanza plenaria del 19 ottobre 2020, secondo la quale «quando la legge ha voluto consentire la *presenza* in un organo di magistrati in quiescenza, lo ha previsto espressamente. Ci si riferisce, in primo luogo, alla previsione relativa ai giudici costituzionali, che, a mente dell'art. 135 Cost., possono essere *eletti* tra i magistrati delle giurisdizioni superiori anche a riposo; nonché all'ipotesi prevista dall'art. 6 del d.lgs. n. 26/2006 per la nomina del *Comitato Direttivo della Scuola Superiore della Magistratura*, che parimenti ammette la partecipazione di magistrati a riposo» (corsivo nostro).

³⁰ Per la verità, come notano F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *La Magistratura (tomo II)*, cit., 64 s., la lettera dell'art. 104, comma 6, Cost. potrebbe anche essere riferita ai singoli componenti elettivi, più che all'organo nel suo complesso; ma si deve tenere conto di una costante interpretazione secondo la quale la disposizione è da intendere riferita all'organo nel suo complesso, prendendo così atto della scadenza quadriennale della Consiliatura, con la conseguenza che «l'elezione effettuata durante il corso del quadriennio comporta la durata del mandato limitatamente al periodo residuo» (F. BONIFACIO-G. GIACOBBE, *op. cit.*, 65; in proposito v., per tutti, R. TERESI, *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Venticinque anni di applicazione della legge 24 marzo 1958, n. 195*, Napoli, 1984, 231 ss.).

³¹ Si tratta, in particolare, di quanto rileva N. ROSSI, *Sta per nascere al C.S.M. un caso Davigo?*, cit., § 3, il quale enfatizza eccessivamente (a nostro giudizio) il rilievo secondo il quale «la norma costituzionale secondo cui «i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili» (art. 104, comma 6, Cost.) vale a fissare la durata quadriennale dell'organo elettivo *senza far nascere un diritto soggettivo dell'eletto di rimanere in carica* per un quadriennio» (corsivo nostro), sottolineando, altresì, che «è questa la risposta che è stata costantemente e giustamente data a quanti – subentrati in Consiglio nell'arco della consiliatura – hanno avanzato la pretesa di prolungare la loro permanenza in carica sino al raggiungimento del quadriennio. E un analogo diniego è stato opposto ai magistrati subentrati nel Comitato direttivo della *Scuola Superiore della Magistratura* nel corso del quadriennio di durata dell'organo, che intendevano rimanere in carica dopo tale scadenza». Invero, avuto qui specifico riguardo al C.S.M., non può trascurarsi che, secondo quanto anche formalizzato da espressa previsione normativa (art. 36 D.P.R. n. 916 del 1958), altro è la *durata* (quadriennale) *della consiliatura*, la quale (secondo quanto dispone la regola appena richiamata) «ad ogni effetto [...] si computa dal giorno dell'insediamento», altro la *durata della carica del singolo consigliere*, la quale non può, sì, *eccedere la scadenza* della consiliatura di appartenenza del medesimo, senza che però ciò determini, anche, alcuna (possibilità di) deduzione implicita in ordine all'anticipata cessazione del mandato del singolo consigliere, *anteriamente*

del rapporto di servizio comporti automatica cessazione dalla carica³², anche *prima* della *durata quadriennale* del mandato costituzionalmente stabilita).

Non maggiormente persuasiva è, ancora, la constatazione (ricordata *sub c*) del § che precede) che nel testo costituzionale (differentemente da quanto prospettato in sede di lavori preparatori) la figura del *magistrato a riposo* non sia stata più considerata tra quelle di possibile elezione parlamentare; ché, anzi, è questo un argomento che, a stretto rigore, potrebbe semmai orientare in senso contrario, valendo a comprovare, seppure solo implicitamente, che il Costituente non ha inteso la figura del

alla scadenza quadriennale dell'organo: si tratta, infatti, all'evidenza, di due questioni assolutamente diverse e senza alcuna reciproca implicazione logica.

³² Vorrebbe ora esplicitare questa deduzione – colmando anche la (attuale) lacuna legislativa in materia attraverso una (pretesa) *interpretazione autentica* di un dato normativo (l'art. 32 della legge istitutiva del Consiglio) che sembrerebbe non contenere in alcun modo, per la verità, la regola che si vorrebbe formalizzare – la «proposta di legge» AC 2961 (presentata il 30 settembre 2020, annunciata il 2 ottobre 2020) dell'On. E. Costa, di «interpretazione autentica dell'art. 32 della legge 24 marzo 1958, n. 195», la quale, dopo aver espressamente fatto richiamo del dibattito avviato (soprattutto) dal più volte citato articolo di Nello Rossi su *Questione Giustizia*, si propone di «chiarire che la permanenza in servizio è la condizione essenziale per il mantenimento della carica di componente del Consiglio Superiore della Magistratura» (così, testualmente, nella *Relazione illustrativa* della proposta), dettando la seguente disposizione interpretativa: «l'articolo 32 della legge 24 marzo 1958, n. 195, si interpreta nel senso che, *per i componenti eletti dai magistrati*, la durata del mandato è di quattro anni, ovvero, se inferiore, pari al tempo in cui l'eletto permane in servizio. La perdita del requisito della permanenza in servizio determina la cessazione dalla carica».

Non è possibile, in questa sede, affrontare compiutamente tutte le questioni che la citata proposta sarebbe astrattamente capace di sollevare; nondimeno, alcune essenziali considerazioni appaiono indispensabili.

Intanto – anche a prescindere dalla non brillante formulazione della disposizione (in particolare, avuto riguardo al periodo «ovvero, se inferiore [...]», che, ragionevolmente, sembra da intendere nel senso che «la durata del mandato è quadriennale, ovvero pari alla durata, ove questa sia inferiore al quadriennio, della minore permanenza in servizio dell'eletto») – occorrerebbe preliminarmente domandarsi quale spazio realmente si offra, nel caso di specie, ad una interpretazione «autentica» del dettato normativo, considerato che l'art. 32 l. n. 195/1958 corrisponde *esattamente* (pur se con formulazione letterale marginalmente diversa) al contenuto di quanto *già* disposto dall'art. 104, comma 6, Cost. (il cit. art. 32 (nel testo oggi vigente) prevede, infatti, che «i *componenti* elettivi del Consiglio *superiore* durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili», mentre la disposizione costituzionale stabilisce che «i *membri* elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili»): ci si troverebbe, per vero, davanti ad un caso di (singolare) interpretazione «autentica» (?) di una regola costituzionale da parte del legislatore ordinario, di assai dubbia proponibilità (almeno, quanto agli effetti, anche in termini di c.d. «retroattività», oltre che di «vincolatività», che dovrebbero derivare dalla natura asseritamente interpretativa della disposizione introdotta).

In ogni caso, poi, la qualificazione «interpretativa» della disposizione sembrerebbe dettata più dalla necessità di «regolare» anche il caso («Davigo») oggi all'attenzione del dibattito sul tema, che da reali ragioni di fondo sull'esistenza del dubbio interpretativo. Invero, anche nelle discussioni che hanno (in questi giorni) animato il dibattito, non si è posto tanto il problema se la durata del mandato debba *preventivamente* e sin dall'inizio considerarsi *limitata* ad un *periodo minore* di quello quadriennale per chi cesserà dal servizio (precedentemente ricoperto) in corso di mandato, quanto – e piuttosto – se la cessazione dal servizio (di un componente *togato*) in corso di carica sia da intendere come una causa (implicita) di decadenza, ricavabile dal sistema (al limite, legittimando qualche intervento normativo (sull'art. 37, o, più ragionevolmente) sull'art. 39 della l. n. 195/1958, con specifico riguardo al suo riferimento al «componente eletto dai magistrati che *cessa dalla carica per qualsiasi ragione prima della scadenza* del Consiglio»).

Per questo verso, l'interpretazione «autentica» così proposta – ma analoga considerazione potrebbe muoversi, a rigore, verso un preteso «risultato interpretativo» *tout court* della enunciazione testuale recata dal comma 6 dell'art. 104 Cost. – finirebbe sostanzialmente per *aggiungere* al dettato costituzionale una *regola asseritamente implicita* nel sistema: quella secondo la quale la durata quadriennale del mandato, unica espressamente enunciata dal Costituente, dovrebbe considerarsi *temporalmente più ridotta* nel caso di componente togato eletto in prossimità del suo collocamento a riposo o al quale, comunque, manchino meno di quattro anni di servizio; senonché, come avverte autorevole dottrina, lo stesso «art. 28 della l. 87 del 1953 [...] impone di qualificare come scorretta quell'interpretazione che *crei nuove norme* di rango costituzionale [...] *inserendo ulteriori disposizioni*», alla stessa maniera di quella «attività solo *apparentemente* interpretativa volta a rendere più specifiche le innumerevoli norme generiche presenti in Costituzione» (così, testualmente, A. VIGNUDELLI, «*Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia...*». *Parte seconda. Dinamica giuridica*, in *Dir. & questioni pubbliche*, 2017, 411; corsivo parzialmente nostro).

Sotto altro profilo, infine, la proposta limita l'interpretazione «autentica» della regola sulla durata del mandato ai soli componenti *togati*, senza considerare che, per vero, né l'art. 104, comma 6, Cost., né l'art. 32 l. n. 195 del 1958 si riferiscono ad essi soltanto, ma a tutti i componenti «elettivi» (con la sola esclusione, dunque, di quelli di diritto).

magistrato a riposo come assimilabile (sotto il profilo della categoria professionale) a quella del componente laico *tout court*. Quest'ultima considerazione, evidentemente, fa anche venire meno l'ipotizzato *squilibrio sopravvenuto* tra componente togata e componente laica, che taluno ha invece ventilato (accennato *sub d*) nel § 2)³³; né argomenti sfavorevoli alla permanenza in carica del componente togato in quiescenza possono davvero ricavarsi dal fatto che esso non risulterebbe più sottoponibile a procedimento disciplinare, evidente essendo che tale eventualità (impossibilità di assoggettamento a sanzioni disciplinari) non è incompatibile con la qualità di Consigliere del C.S.M., essendo certamente da riferire, senza eccezioni, ai componenti laici.

Eguale non decisiva, d'altra parte, è la considerazione³⁴ secondo la quale un «componente togato della Sezione disciplinare deve essere “un magistrato di Corte di cassazione con esercizio *effettivo* delle funzioni di legittimità” e non si può certo dubitare del fatto che, ove non più appartenente all'ordine giudiziario, l'*ex* magistrato di Cassazione non mantenga certamente le “effettive funzioni” di legittimità»: tale rilievo, infatti, trascura di considerare che i «magistrati» eletti in Sezione disciplinare sono individuati *successivamente* all'insediamento consiliare³⁵, quando essi sono già stati collocati fuori ruolo³⁶, sì che l'*effettività* di funzioni contemplata dalla legge non può che intendersi riferita a quella che il componente togato *aveva* al momento della sua elezione.

³³ Considera espressamente il consigliere togato collocato a riposo (in quanto «non *più* magistrato») alla stregua di un membro laico la «proposta» della *Commissione verifica titoli*, quando rileva che «la perdita dello *status* di magistrato, che legittima l'esercizio della funzione di autogoverno, andrebbe, di fatto, ad *accrescere il numero dei componenti laici* a detrimento di quello costituzionalmente garantito alla componente effettiva togata, con conseguenti gravi alterazioni dell'assetto strutturale prefigurato dalla Carta Costituzionale a garanzia del principio di indipendenza ed autonomia della magistratura» (punto 2).

Si tratta, tuttavia, di una conclusione che appare fondata su una mera petizione di principio, dal momento che la stessa muove dalla pregiudiziale equiparazione tra *magistrato collocato a riposo* in corso di mandato e *membro laico*, sulla base di una (implicita) nozione di componente laico – come soggetto «non magistrato» – assolutamente discutibile: invero, la componente laica del C.S.M. si caratterizza per il concorso di due aspetti egualmente non presenti nel caso di specie, e cioè: a) la *scelta da parte del Parlamento* in seduta comune; b) l'*appartenenza a determinate categorie* professionali (professori ordinari di Università o avvocati con almeno quindici anni di esercizio professionale).

Per contro, il magistrato collocato a riposo in corso di mandato è pur sempre un soggetto che apparteneva alla categoria professionale dei magistrati al momento (unico costituzionalmente rilevante) della sua selezione; e che, soprattutto, è stato elettivamente individuato proprio dal corpo elettorale dei magistrati, per cui la sua assimilazione alla componente laica – in forza di una pretesa equazione non (più) magistrato=laico – risulta del tutto priva di un fondamento effettivo, specialmente ove si consideri, poi, che quel medesimo soggetto – tranne che già in possesso anche di *altri requisiti* professionali (come una pregressa attività forense per almeno quindici anni, o l'intervenuta presa di servizio come professore ordinario di Università) – neppure potrebbe essere eletto dal Parlamento in seduta comune come componente laico.

Non si vede, dunque, come potrebbe considerarsi realmente alterato il rapporto proporzionale (due terzi/un terzo) tra componente togata e componente laica costituzionalmente vincolato, a causa di una (asserita) *accresciuta numerosità* dei componenti laici (al massimo – con qualche *suggestività*, comunque infondata – la proposta avrebbe potuto porre l'accento su una *diminuita numerosità della componente togata*; ma si sarebbe trattato di argomento pur sempre non condivisibile, dato che il magistrato collocato a riposo è un membro che, comunque, è stato scelto dal corpo elettorale dei magistrati e possedeva, al momento della convocazione delle elezioni, i requisiti professionali richiesti).

³⁴ Espressamente enunciata nella proposta della *Commissione verifica titoli* portata all'esame plenario del 19 ottobre 2020.

³⁵ V. art. 4 Reg. int. C.S.M.

³⁶ Cfr. art. 30 D.P.R. 16 settembre 1958, n. 916. Con riferimento alla disposizione appena citata, muovendo dal rilievo che essa dispone, altresì, che – rispetto ai magistrati componenti elettivi collocati fuori del ruolo organico della magistratura – «alla cessazione della carica il Consiglio superiore della magistratura dispone, eventualmente anche in soprannumero, il rientro in ruolo dei magistrati nella sede di provenienza e nelle funzioni precedentemente esercitate», la «proposta» della *Commissione verifica titoli* sottolinea (punto 5.2) che «la norma implicitamente dà per scontato che deve trattarsi di magistrati in servizio, per i quali è previsto il rientro nel ruolo dopo la fine del mandato». Si tratta, tuttavia, di argomento inconferente, che tiene conto, certamente, dell'*id quod plerumque accidit*, ma da cui non è possibile trarre la regola della *necessità di un rientro in ruolo* dopo la fine del mandato (basti considerare, ad es., il caso limite del Consigliere togato che cessa dal servizio in corrispondenza del termine del mandato, per il quale nessun rientro in ruolo, evidentemente sarà possibile); piuttosto, appare chiaro che la disposizione si preoccupa unicamente di *assicurare* al

Nessun rilievo, infine, potrebbe mai avere il richiamo (del quale, nel § precedente, si è fatto cenno *sub e*) alla disciplina di altri organi di governo di magistrature diverse da quella ordinaria, come, in particolare, l'art. 69, comma 9, cod. ord. milit., oppure gli artt. 7, comma 4, L. 27 aprile 1982, n. 186 e 10 L. 13 aprile 1988, n. 117 (e v. pure l'art. 4, comma 3, del vigente Regolamento interno del *Consiglio di Presidenza della Corte dei conti*) i quali espressamente prevedono che la sopravvenuta *perdita dei requisiti di eleggibilità, o la cessazione dal servizio*, dei componenti togati in carica è causa di decadenza; ch , anzi, la necessit  di una specifica ed espressa disposizione (in quei casi) testimonia, semmai, della impossibilit  di desumere una simile conseguenza sul piano meramente astratto e a prescindere da un riferimento positivo³⁷.

4. Argomenti a sostegno della soluzione positiva.

Rilevato, dunque, che gli argomenti a sostegno della tesi negativa non si sottraggono a molteplici censure e a rilevanti motivi di perplessit , resta infine da considerare se dal sistema emergano, al contrario, dati capaci di orientare in direzione opposta.

In proposito, intanto, sembra utile tenere in conto che l'art. 104 Cost. non prevede in alcun caso, in modo espresso, per i *componenti elettivi* (togati o laici), la (necessit  della) *conservazione* della medesima *condizione soggettiva* richiesta al *momento della elezione*: non per caso, ad es., nessuno ha mai posto il problema della permanenza in carica di Consiglieri professori universitari, qualora gli stessi siano andati in pensione *durante* lo svolgimento del mandato (e va anzi considerato che, in questo contesto, non mancano significativi precedenti nella storia consiliare).

Consigliere togato *che debba rientrare in ruolo* l'assegnazione, anche in soprannumero, delle funzioni precedentemente esercitate e nella sede di provenienza. N  maggiormente persuasivo   l'argomento che la stessa proposta (punto 5.3) vorrebbe trarre dalla disposizione (art. 5 l. n. 195/1958) secondo la quale «per la validit  delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura   necessaria la presenza di almeno dieci *magistrati* e di almeno cinque componenti eletti dal Parlamento»: il riferimento ai «magistrati», recato dalla richiamata disposizione, infatti, attiene alla componente di *provenienza togata*, ma non consente di trarre argomenti decisivi in ordine alla necessaria persistenza dell'appartenenza all'ordine giudiziario durante l'espletamento del mandato.

³⁷D'altra parte, neppure si pu  trascurare che una espressa regolamentazione *costituzionale* della materia   dettata solo con riguardo (rispetto alla magistratura ordinaria) al *Consiglio Superiore della Magistratura*, e non anche a (organi di governo autonomo di) *altre* magistrature, quali quella amministrativa, contabile e militare, nonostante che pure esse siano state presenti, sotto *altri* profili, al Costituente (v., infatti, gli artt.: 100, comma 1 e 2, Cost.; 103; 108, comma 1; VI disp. trans. fin.).

Da questo punto di vista, la stessa previsione espressa della *perdita dei requisiti di eleggibilit * come causa di *decadenza* – previsione che era, peraltro, contenuta nel testo previgente dell'art. 39 l. n. 195/1958, quale introdotta dall'art. 6 l. n. 695 del 1975, ma che   stata successivamente abrogata dall'art. 13 l. 12 aprile 1990, n. 74 (ci  che potrebbe non essere privo di significato) – risulterebbe, nella misura in cui fosse riferita alla particolare fattispecie del collocamento a riposo in corso di mandato, di non trascurabile problematicit  rispetto al dettato dell'art. 104 Cost., dal momento che implicherebbe una limitazione *legislativa preventiva* della durata *quadriennale* costituzionalmente prevista (ben oltre quella legata alla scadenza dell'organo consiliare nel suo complesso e, quindi, alla impossibilit  di una *ultrattivit * del mandato oltre la consiliatura di appartenenza, che   questione totalmente differente).

Incidentalmente, giova anche evidenziare che – a differenza (s'intende: sempre a giudizio di chi scrive) di quanto argomentato nella “proposta” della *Commissione verifica titoli* (punto 8 della motivazione) – nessun argomento a favore della decadenza dalla carica (di Consigliere del C.S.M.) appare possibile trarre dalla circostanza che la soluzione comportante la decadenza dal mandato sia normativamente predicata (o predicabile) – con soluzione pacificamente condivisa – anche dall'art. 13 D. Lgs. n. 25/2006, dettato in tema di *Consigli giudiziari*, attraverso l'impiego di una formulazione sostanzialmente sovrapponibile a quella utilizzata dall'art. 39 l. n. 195 del 1958. Sar  infatti sufficiente rilevare, al riguardo che (pur volendo prescindere, ovviamente, dall'assenza di una normativa costituzionale di riferimento per i *Consigli giudiziari*), in quel caso   la legge stessa a prevedere espressamente (non tanto che a quella carica possano essere eletti magistrati in servizio al *momento* delle elezioni, bens) che il Consiglio giudiziario sia *composto* (tra l'altro) da «magistrati *in servizio* presso gli uffici giudiziari del distretto» (con ci  facendo testuale riferimento al *funzionamento* dell'organismo, e non solo al momento della sua costituzione).

Al contempo, lo stesso art. 104 Cost. (e, correlativamente, l'art. 32 L. n. 195/58) indica in *quattro anni* la *durata* dell'incarico consiliare del componente *elettivo*. Una lettura complessiva del cit. art. 104, quindi, lascia intendere che la previsione costituzionale richiede, *al momento dell'elezione*, il possesso di una determinata *condizione di eleggibilità* (appartenenza all'ordine giudiziario; qualifica di professore ordinario; anzianità professionale forense), stabilendo, poi, che il Consigliere validamente eletto (perché, tra l'altro, in possesso di quei requisiti nel momento del conferimento dell'incarico) resti in carica *per quattro anni*.

D'altra parte, i requisiti richiesti, come pure dimostrano i *Lavori preparatori* dell'art. 104 Cost., risultano anche funzionali a garantire adeguata competenza per lo svolgimento delle funzioni alle quali i componenti elettivi sono chiamati (competenza, evidentemente, non destinata a venire meno per effetto della collocazione a riposo³⁸): il che spiega anche la previsione legislativa della non eleggibilità di magistrati privi di adeguata anzianità di servizio (art. 24, comma 2, lett. b), L. 24 marzo 1958, n. 195)³⁹, pur se (va segnalato) non sono mancate riserve sulla legittimità di una siffatta esclusione⁴⁰.

In continuità con quanto sin qui evidenziato, va anche considerato che le cause di *cessazione dalla carica* dei componenti elettivi sono *tassativamente* indicate dalla legge (artt. 37 e 38 L. n. 195/1958: art. 29, terzo e quarto comma, D.P.R. 16 settembre 1958, n. 916), e tra queste non viene mai espressamente considerato il collocamento a riposo del componente togato (né di quello laico) eletto; altrettanto tassative⁴¹, poi, sono le *cause di ineleggibilità* dei componenti togati (art. 24, comma 2, L. n. 195/58), e tra queste non è contemplata quella del magistrato *che non possa garantire un quadriennio* di permanenza in servizio⁴².

D'altronde, lo stesso Reg. int. C.S.M. disciplina unicamente una *verifica dei titoli di ammissione* dei componenti (art. 1, comma 2 e art. 2) immediatamente successiva alle elezioni, mentre non contempla in alcun modo una *verifica della conservazione dei requisiti di eleggibilità*; né a tal

³⁸Neppure si potrebbe fare leva, d'altra parte, su una pretesa necessità (di conservazione) del possesso, da parte del componente togato eletto, delle *funzioni giudiziarie*, in quanto – anche a prescindere dalla collocazione fuori ruolo dei componenti togati, normativamente imposta, durante l'esercizio del mandato – non potrebbe allora essere trascurato che le funzioni assegnate ai Consiglieri: o *non sono giurisdizionali* (ma di alta amministrazione); oppure, se e nei limiti in cui siano di tale tipologia (nella specie, ma i per i soli componenti eletti in Sezione Disciplinare), sono *originariamente* attribuite ai consiglieri per effetto della carica (e non del pregresso esercizio di funzioni del medesimo tipo), come indiscutibilmente provato dalla loro assegnazione, con eguale intensità ed estensione (e, anzi, anche maggiore, data l'attribuzione della presidenza del Collegio giudicante) ai componenti laici.

³⁹Come evidenzia S. AMORE, *Una diversa opinione*, cit., § 5, «il pensionato, almeno quello appena collocato in quiescenza, non è, infatti, un *extraneus* alla magistratura se non dal punto di vista formale. Nella sostanza è un individuo che ha trascorso la sua esistenza nella magistratura e che dei valori e dei doveri connessi alla posizione di magistrato ha (o dovrebbe avere) piena consapevolezza. Il fatto che abbia raggiunto l'età di pensionamento non lo priva della sua esperienza, della sua conoscenza e dei valori a cui ha improntato la sua attività».

⁴⁰Cfr. F. BONIFACIO-G. GIACOBBE, *La Magistratura (tomo II)*, cit., 57.

⁴¹Per l'affermazione della *tassatività* delle limitazioni all'elettorato passivo, in generale, v., *ex multis*: Cons. Stato, 22 maggio 2018, n. 3067, in *De Jure*; Trib. Roma, 17 gennaio 2017, *ivi*; TAR Campania (Napoli), 4 febbraio 2013, n. 702, in *Foro amm.TAR*, 2013, 598; Trib. Potenza, 15 dicembre 2000, in *Giur. merito*, 2001, 171; TAR Calabria (Catanzaro), 5 febbraio 1996, n. 170, in *Foro amm.* 1996, 2727.

⁴²Può essere anche utile notare che, proprio in ragione della necessaria tassatività delle cause di cessazione dalla carica, nei casi in cui una medesima circostanza è stata (dal legislatore) ritenuta rilevante tanto quanto causa di *ineleggibilità* che di *decadenza*, la legge ha espressamente considerato la stessa sia sotto il primo che sotto il secondo profilo; così è a dirsi, in particolare, della sospensione dalle funzioni (che non consente l'elezione, se esistente in quel momento: art. 24, comma 2, lett. a), l. n. 195/1958; e che comporta, se intervenuta successivamente, decadenza espressa: art. 37, comma 3, l. n. 195/1958); o della esistenza di sanzioni disciplinari più gravi dell'ammonimento (causa di ineleggibilità – *ex* art. 24, comma 2, lett. c), l. n. 195/1958 – se già presente al momento delle elezioni; ma anche di decadenza espressa – *ex* art. 37, comma 5, della stessa legge – ove successivamente intervenuta).

Per contro, la mancanza di esercizio delle funzioni giudiziarie (tra l'altro prospettabile, anzitutto, per la cessata appartenenza all'ordine giudiziario) impedisce senz'altro l'elezione (art. 24, comma 2, lett. a), l. n. 195/1958), ma non è poi contemplata tra le cause di decadenza.

proposito assume rilievo la «verifica successiva» di cui all'art. 9, comma 1, Reg. int., avendo essa ad oggetto unicamente:

- (primo inciso) la verifica dei titoli di ammissione di *nuovi eletti* (e non già valutazioni relative a una pretesa «conservazione» dei titoli di quelli in carica);
- oppure (secondo inciso), la considerazione di cause sopravvenute di *incompatibilità*.

Neppure ha fondamento, poi, pensare seriamente di poter ricavare la decadenza dalla carica (per effetto del collocamento a riposo del consigliere togato⁴³) dalla previsione di cui all'art. 39, legge n. 195/1958, che disciplina la sostituzione dei componenti eletti dai magistrati, stabilendo che «il componente eletto dai magistrati che cessa *dalla carica* per qualsiasi ragione prima della scadenza del Consiglio superiore della magistratura è sostituito dal magistrato che lo segue per numero di preferenze nell'ambito dello stesso collegio. In mancanza, entro un mese vengono indette elezioni suppletive». Invero, la deduzione a tal proposito formulata⁴⁴, secondo la quale «appare evidente che tra le varie ragioni della cessazione non possa che ricomprendersi la cessazione dall'ordine giudiziario, dato che la legge parla testualmente di cessazione “per qualsiasi ragione”» risulta manifestamente fondata su una esemplare petizione di principio, pretendendo tra l'altro di ricavare da una formulazione meramente riassuntiva delle cause (positivamente regolate) di cessazione «*dalla carica*» (secondo il dato testuale normativo, che ad essa, e non al «servizio», fa espresso riferimento⁴⁵) ciò che, al contrario, dovrebbe essere dimostrato.

Da ultimo, occorre anche evidenziare che una davvero significativa indicazione in senso *favorevole* alla conservazione della carica da parte del Consigliere togato collocato a riposo è testualmente desumibile dall'ultimo comma dell'art. 104 Cost.⁴⁶: tale disposizione, infatti, prevede che i *componenti elettivi del Consiglio* (senza distinguere tra togati e laici) «non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli *albi professionali*».

In proposito, tenuto conto della disciplina vigente alla data di approvazione della norma costituzionale – r.d.l.27 novembre 1933, n. 1578, di cui v., in particolare, gli artt. 3, commi 2 e 26, comma 1, lett. b) – risulta manifesto che la (astratta) prospettabilità di iscrizione in albo professionale da parte del componente (elettivo) togato risulta(va) riferibile *esclusivamente* all'ipotesi di componente *non più* appartenente all'ordine giudiziario, in quanto il possesso della qualifica di magistrato in servizio ne avrebbe *già* impedito, a monte, la concreta possibilità.

Dunque, rispetto al componente (eletto in quanto già) togato, il divieto costituzionalmente previsto, e pure ad esso testualmente riferito, ha un senso soltanto in quanto se ne possa ipotizzare la permanenza in carica *pur dopo* avere perso la qualifica di magistrato in servizio (unica condizione astrattamente adatta a prospettare la possibilità giuridica di iscrizione in albi professionali): il che vale a confermare tutte le altre considerazioni precedentemente esposte, le quali convergono univocamente (tanto se si considerano le censure che possono muoversi agli argomenti contrari,

⁴³Tranne, invero, che si tratti di *componente di diritto*, evidente essendo che (solo) rispetto al Primo Presidente e al Procuratore Generale della Corte di cassazione la conservazione delle funzioni esercitate costituisce condizione di (perdurante) appartenenza del magistrato (in servizio, appunto) all'organismo consiliare: cfr. M. A. CABIDDU, *C.S.M.: i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni, anche quando si chiamano Davigo*, cit., § 2.

⁴⁴ Nella «proposta» della *Commissione verifica titoli* sottoposta alla deliberazione plenaria del 19 ottobre 2020, p. 6.

⁴⁵ È chiaro, infatti, che la «carica» alla quale il dato normativo fa espresso riferimento è quella di Consigliere del C.S.M., e non già, evidentemente, la condizione di magistrato «in servizio» (*i.e.*, l'appartenenza all'ordine giudiziario). Può anche essere utile notare, a tal proposito, che – a prescindere dalla categoria (togati/laici) di provenienza – la *condizione di Consigliere*, una volta approdato alla carica, è espressamente considerata unitariamente (dalla normativa ordinaria, ma anche dal Costituente: art. 104, comma 6, Cost.) ai fini del divieto di rielezione; è infatti previsto (art. 27, cpv., D.P.R. n. 916 del 1958) che «un componente già eletto dai magistrati non può essere rieletto dal Parlamento per il quadriennio successivo, e viceversa», con ciò comprovando che la condizione di Consigliere, una volta assunta la carica, è unica e indistinta per funzioni, senza che sia possibile assumerne una valenza rappresentativa di un certo corpo elettorale (magistrati; società civile, attraverso il Parlamento): ché, altrimenti, dovrebbe essere consentito a ciascun corpo elettorale di scegliere un proprio rappresentante, una volta che esso fosse «transitato» da una categoria professionale ad altra, ancorché lo stesso soggetto sia stato, precedentemente, «rappresentante» di altra categoria.

⁴⁶ Per un cenno v. M. A. CABIDDU, *op. loc. ult. cit.*

quanto ove si considerino i numerosi argomenti a favore) nel senso che la collocazione a riposo del componente togato validamente eletto al ruolo di Consigliere – il cui mandato è, per espressa previsione costituzionale, quadriennale – non comporta alcuna decadenza dalla carica.

A conferma di tale ultima conclusione, d'altra parte, può anche essere utile osservare che quando il legislatore ha ritenuto di dover disporre, per l'accesso a una determinata carica, la necessità della *conservazione del requisito* anche durante l'espletamento dell'incarico, lo ha espressamente stabilito; così, ad es., ha fatto per i componenti del *Consiglio della Magistratura militare*; o per il conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi nella magistratura ordinaria⁴⁷; o ancora, per voler proporre altro esempio assai noto, per le cariche accademiche nelle Università⁴⁸.

Sussistono, quindi, valide ragioni per ritenere che non sia possibile pronunciare decadenza dalla carica del componente togato collocato a riposo in corso di mandato, trattandosi di conclusione che non soltanto risulta non ricavabile da alcun dato positivo, ma appare finanche contrastare con la disposizione costituzionale che fissa comunque in *quattro anni* la durata del *mandato elettivo* (anche) del consigliere togato (salvo il limite, sistematicamente argomentabile in via interpretativa⁴⁹, della non ultrattività della carica, che, tuttavia, si colloca su altro piano⁵⁰).

⁴⁷ Cfr. art. 2, comma 1, lett. h), n. 17, l. 25 luglio 2005, n. 150, secondo il quale le funzioni direttive requirenti e giudicanti possono «essere conferite esclusivamente ai magistrati che, in possesso dei requisiti richiesti, *abbiano ancora quattro anni di servizio prima della data di ordinario collocamento a riposo*, prevista dall'articolo 5 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511».

⁴⁸V. art. 2, comma 11, l. 30 dicembre 2010, n. 240: «l'elettorato passivo per le cariche accademiche è riservato ai docenti che assicurano un *numero di anni di servizio* almeno pari alla durata del mandato prima della data di collocamento a riposo».

⁴⁹ In definitiva, la regola – comunemente osservata, e corrispondente ad una *prassi costituzionale* (sul particolare valore della prassi in ambito costituzionale v., ad es., A. BARBERA -T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008; M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007) – secondo la quale il mandato consiliare del componente elettivo non può eccedere la *durata quadriennale della consiliatura* (carattere *non ultrattivo* della carica) appare effettivamente prospettabile alla stregua di un (mero) *risultato interpretativo* (che, dunque, nulla *aggiunge* alla possibile portata semantica della disposizione costituzionale e, quindi, al precetto da essa recato), sol che si intenda l'enunciato formale linguistico («i *membri elettivi* del Consiglio durano in carica quattro anni») presente nel sesto comma dell'art. 104 Cost. («membro elettivo») come riferito non alla singola *persona fisica* del Consigliere, ma alla *figura professionale* richiesta («togato» appartenente a una determinata categoria; «laico», *i.e.*, professore ordinario di università o avvocato con almeno quindici anni di esercizio professionale): per tale via, allora, sembra effettivamente prospettabile – in un sistema (quale desumibile dalla normativa costituzionale e legislativa) che voglia considerare una *durata quadriennale della consiliatura* – una operazione (soltanto) ermeneutica, che consente di ricavare (dalla «disposizione»: *i.e.*, l'enunciato linguistico) la «norma» (*i.e.*, la regola applicabile) secondo la quale per ciascuna *posizione professionale* richiesta (togato appartenente alla determinata categoria; laico), e non per ciascuna *persona fisica*, la durata della carica consiliare è quadriennale.

Per contro, la (pretesa) regola – quale, ad es., espressamente prospettata nella proposta di legge AC 2961 della Legislatura in corso (*supra*, nt. 32) – secondo la quale «per i componenti eletti dai magistrati, la durata del mandato è di quattro anni, ovvero, se inferiore, pari al tempo in cui l'eletto permane in servizio», nonostante ogni possibile sforzo interpretativo, non appare in alcun modo ricavabile dalla enunciazione linguistica testuale recata dall'art. 104, comma 6, Cost., implicando indiscutibilmente, all'evidenza, la necessità di una *previsione aggiuntiva* rispetto al dettato costituzionale, venendone così a configurare una vera e propria operazione *manipolativa*, non consentita all'interprete, che pretenderebbe, per tale via, di inserire – al di fuori delle modalità costituzionalmente richieste: cfr. art. 138 Cost. – una speciale regolamentazione costituzionale di una situazione particolare non contemplata dal Costituente (che, anzi, sembra avere implicitamente assunto come pacifica una opposta soluzione: arg. art. 104, ult. comma, Cost.).

⁵⁰ Alle considerazioni appena esposte nel testo e nella nota che precede non sarebbe neppure possibile replicare – crediamo – che, in fondo, altre cause di cessazione dalla carica sono sicuramente da ammettere, ancorché non espressamente considerate dal Costituente, avuto specialmente riguardo alla *morte* del consigliere, o alle sue *dimissioni*.

In proposito – certo essendo, peraltro, che l'una (per forza di cose) e l'altra ipotesi (rispondente a situazione da ritenersi almeno conforme ad un principio generale, rilevante *ex art. 12 prel.*) devono legittimamente considerarsi cause *sopravvenute* di *cessazione* (della singola persona fisica) dalla *carica* consiliare – sembra utile evidenziare, infatti:

- intanto, che (considerando anche quanto appena rilevato nella nota che precede) l'impossibilità della singola persona fisica (per la sua scomparsa dal mondo terreno, o per la insuperabilità del principio secondo il quale non è giuridicamente predicabile l'*imposizione* di una carica istituzionale) di completare il mandato non urta contro la regola secondo la quale la durata della *carica consiliare*, per la singola figura professionale richiesta (e non per la persona fisica), è quadriennale;

Si deve quindi prendere atto, a giudizio di chi scrive, che la disciplina costituzionale e ordinaria dettata in tema di accesso alla carica di consigliere del C.S.M. impedisce di sostenere l'implicita previsione, nel sistema, di una causa di decadenza del componente togato collocato a riposo in corso di mandato, trattandosi di soluzione che vorrebbe sostituire a quella ricavabile dall'assetto costituzionale una previsione diversa, sulla base di ragioni di (mera) ritenuta opportunità, del tutto prive di riscontro, però, sia nel fondamento istituzionale dell'organismo consiliare (che non è né organo di autogoverno né di rappresentanza di parte), che nella disciplina ad esso riferibile (tanto a livello costituzionale, che di legislazione ordinaria)⁵¹.

- inoltre, poi, che mentre la morte o le dimissioni in corso di carica rappresentano un *evento futuro e incerto* (tale essendo anche il decesso, non come evento in sé, ovviamente, ma in quanto temporalmente circoscritto al periodo del mandato elettivo), comunque tale da non configurare una preventiva *limitazione prestabilita della durata* dell'incarico, ma, semmai, un *fattore sopravvenuto* (incerto anche temporalmente) che impedisce alla singola persona fisica il completamento del mandato (implicandone, quindi, la necessaria sostituzione, per il periodo residuo, con altra figura professionale equivalente); per contro, il collocamento a riposo della persona fisica del consigliere (concretamente) eletto costituisce una situazione che (per quanto anch'essa, evidentemente, sopravvenuta) varrebbe *fin dall'inizio a limitare in modo prefissato la durata* del mandato elettivo, in contrasto con la regola costituzionalmente enunciata della sua estensione quadriennale (salva, appunto, una sopravvenuta impossibilità concreta del suo espletamento) e con la previsione normativa (art. 24, comma 2, l. 24 marzo 1958, n. 195) secondo la quale le condizioni di eleggibilità sono espressamente richieste avuto riguardo (soltanto) al *momento della convocazione delle elezioni* (e non anche a periodi ad esso successivi).

⁵¹ In definitiva, la soluzione che qui si è diffusamente criticata implica, a ben vedere, un rimprovero di *inopportunità* alla scelta del Costituente, pretendendo di delineare un assetto istituzionale del Consiglio Superiore diverso da quello disegnato nella Carta costituzionale, risolvendosi però, metodologicamente (almeno, s'intende, a giudizio di chi scrive), in una proposta gravemente viziata, in quanto diretta a promuovere una scelta «politica» di fondo diversa da quella consacrata nel testo costituzionale (e quindi, di fatto, a introdurre una modifica sostanziale di disciplina, presentandola, però, come un risultato (interpretativo?) sistematico addirittura «scontato», e per questo non bisognevole di alcuna enunciazione normativa).

Roberto Conti
CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali,
tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti* **

ABSTRACT: *The Autor describes the relations between the ECHR and the EU Charter of Fundamental Rights, following an idea of substantial equality of their weight.*

The paper wants to support the important role of national judges in the system of protection of human rights in a perspective that looks to different Charters as documents having the same constitutional value..

SOMMARIO: 1. Il ruolo dei diritti fondamentali nell'inquadramento della fattispecie all'esame del giudice – 2. In punta di piedi sui rapporti fra Carta UE e CEDU e sulle rispettive giurisdizioni: A) La Carta di Nizza–Strasburgo – 3. B) ...e l'ambito di rilevanza della CEDU – 4. Il metodo comparatistico e le Carte dei diritti UE e CEDU. A) Il lato virtuoso del confronto. – 4.1. B) Il lato problematico. L'efficacia diretta della Carta UE e il suo diverso atteggiarsi come strumento di tutela dei diritti nell'ordinamento interno rispetto alla CEDU. Una questione, mai pienamente affrontata, di "eguaglianza" – 5. I rapporti fra Carta UE e CEDU (artt. 52 e 53 Carta UE) – 5.1 Ancora sul valore della CEDU (e della Costituzione). Indietro tutta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite (penali). A proposito della poco convincente Cass., S.U., 23 ottobre 2020, n. 29541, *Filardo* – 6. La massimizzazione delle tutele nel campo dei diritti fondamentali. A proposito dei rapporti fra Carta UE e CEDU – 7. La convergenza dei parametri Carta UE e CEDU e il tema degli obblighi positivi degli Stati membri rispetto ai rapporti interpretati. A) la CEDU e rapporti fra privati: quale rilevanza? – 7.1 B) Quale efficacia della Carta UE nei rapporti interpretati? – 8. Conclusioni. Quale giudice nazionale per le Carte dei diritti?

1. Il ruolo dei diritti fondamentali nell'inquadramento della fattispecie all'esame del giudice

Il titolo dell'intervento che mi è stato affidato ha dei confini ben delineati e si iscrive nel dichiarato obiettivo del corso orchestrato dal Prof. Condinanzi di realizzare nel mondo della giurisdizione e degli operatori del diritto delle ricadute immediate ed effettive rispetto a temi sui quali non si nasconde affatto la complessità dell'approccio, ad essa tuttavia preferendo la logica dell'offerta di metodi idonei ad affrontare i nodi, tanti invero, da sciogliere nell'intricata rete della protezione dei diritti fondamentali.

Nodi, si diceva, che l'operatore del diritto è del resto chiamato a districare fin da subito quando "conosce una controversia" e si pone il dubbio, amletico per certi versi, di quale sia la giurisdizione chiamata a misurarsi con la questione di merito e che la pluralità dei plessi giurisdizionali interni rende onerosa, soprattutto quando sembra non essere più scontata la coincidenza della *fundamentalità* dei diritti con la giurisdizione ordinaria, proprio in ragione della progressiva estensione della giurisdizione esclusiva o per conformazione di plessi giurisdizionali rispetto ai quali la natura sostanziale della posizione giuridica soggettiva lascia il passo ad altre caratteristiche distintive– si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla giurisdizione tributaria, rispetto alla quale la centralità della pretesa fiscale assorbe ogni altro profilo correlato alla posizione giuridica incisa nei confronti del contribuente.

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 14, del Regolamento.

** *Relazione svolta al corso di formazione organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura sul tema "I diritti fondamentali alla luce della Costituzione, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e della giurisprudenza delle Corti" nei giorni 7 e 8 settembre 2020, aggiornata alla data di pubblicazione.*

Detto questo, i precedenti interventi hanno avuto come nucleo centrale il “modo” con il quale i diritti fondamentali hanno preso corpo nel diritto dell’Unione europea ed il loro atteggiarsi rispetto al diritto interno.

Il compito di svolgere una panoramica sui rapporti fra UE Carta dei diritti fondamentali e la CEDU si dimostra di estrema complessità per le tante questioni di natura teorica evidenziate dagli studiosi del settore prima e dopo il varo della Carta di Nizza–Strasburgo e della sua acquisita vincolatività per effetto del Trattato di Lisbona. La tentazione di passare dal piano pratico a quello teorico è dunque forte e palpabile per chi ha cercato di seguire il filo del discorso in questi anni ma è tentazione che bisogna rifuggire e lo dico questo da giudice, da operatore giudiziario chiamato a decidere i casi che sono portati alla sua conoscenza più che ad architettare trame e suadenti costruzioni teoriche poi ribaltate nei provvedimenti giurisdizionali.

Proprio per non tradire quanto appena detto e dunque per non dimenticare la chiave che si è proposta all’inizio, si tenterà di affrontare queste complessità con l’occhio del giurista pratico che prende contatto con una controversia nella quale vengono in gioco i diritti fondamentali delle persone coinvolte.

Per questo soccorre il “metodo” utilizzato dai giudici della Corte europea di giustizia e della Corte EDU che fanno precedere il merito della decisione dalla delimitazione del quadro giuridico di riferimento.

Si dirà, *nihil sub sole novi* rispetto alla prospettiva del giurista nostrano chiamato a sussumere la vicenda posta al suo vaglio nella “norma” applicabile.

Ma il punto è che nella ricostruzione delle fonti ciò che sfugge o più sfuggire a noi che operiamo nel settore giustizia è, per l’appunto, l’incidenza di un diritto *altro* rispetto a quello interno con il quale familiarizziamo fin dall’università.

Oggi, per essere chiari, la qualificazione e sussunzione della fattispecie richiede in via preventiva l’individuazione delle fonti anche sovranazionali che possono sulla stessa incidere, esse componendo ormai quasi naturalmente il “corpo” del diritto interno, vuoi per operazioni ermeneutiche di stampo comparatistico, vuoi per l’esistenza di nessi di collegamento normativi pienamente vincolanti ed immediatamente operativi che impongono il confronto con tali fonti.

Si tratta di una operazione, quella di cui qui si discorre, che assume i tratti della “fondamentalità” pari a quella dei diritti che possono esservi coinvolti.

Vedremo, infatti, che tanto più corretta, puntuale ed attenta sarà questa sussunzione, quanto più centrata potrà essere la soluzione offerta alla vicenda e, soprattutto, quanto più ricche (o pericolose) potrebbero essere le relazioni che si intrecciano fra giudici in relazione ad eventuale esame epidermico di tali questioni da parte del giudice di merito.

Deve essere dunque chiaro che l’individuazione, che in termini rozzi potrebbe essere descritta come la “scelta” del parametro di riferimento (ancorché questo termini evochi dei profili di discrezionalità che costituiscono davvero il nodo gordiano sul quale misurarsi) assume una valenza decisiva per lo sviluppo della controversia e per la sua decisione finale, coinvolgendo essa possibili interventi di “giudici” (o determinando l’assenza di tali interventi) tali da condizionare l’esito della lite e, dunque, la decisione sul bene della vita, sia esso in contestazione all’interno di un processo civile sia, invece coinvolto all’intero di un processo penale. E non posso qui dilungarmi sul tema della delicatezza di tale opera di inquadramento che va a toccare il fondo del problema della professionalità (e della responsabilità) della giurisdizione e dell’Avvocatura che maneggia, per prima, il caso.

Per esemplificare, la convinzione che la controversia regolata dal diritto UE determini la rilevanza del parametro Carta UE con tutte le conseguenze che, a cascata, potrebbero derivarne, prima fra tutte quella della possibilità di rivolgersi alla Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale o quella della possibile disapplicazione del parametro normativo interno contrastante con la disposizione immediatamente precettiva della Carta stessa potrebbero portare il giudicante di turno che decidesse di non attivare il dialogo con la Corte UE ad indossare, legittimamente, i panni del giudice *naturale* del diritto UE (e dunque il *cappello* della Carta UE) ed a decidere la controversia sulla base di quel

parametro, magari appunto non applicando la disposizione interna ritenuta in contrasto con il diritto protetto della Carta dotato di immediata efficacia.

Non voglio certamente enfatizzare o estremizzare questo tema¹, ma soltanto porlo alla vostra attenzione come chiave di volta del nostro essere giudici al passo con le complessità con le quali siamo chiamati a misurarci.

Comprendiamo tutti la delicatezza dell'operazione ed i rischi che essa reca con sé.

Un atteggiamento non corretto è dunque in grado di dirottare o non dirottare la controversia su ambiti che le sono propri dando luogo ad un ginepraio di possibilità che viziano, in radice, la decisione e che possono poi portare il giudice di ultima istanza di fronte a dubbi di particolare portata, anche dal punto di vista processuale.

Si pensi al caso in cui il parametro della Carta UE, non ponderato dal giudice di merito, emerga in sede di legittimità per la prima volta ad opera della parte o dello stesso giudice il quale potrebbe porsi il tema della rilevanza *ex officio* del tema, entrambi in un ambito anch'esso particolarmente delicato, rispetto al quale lo spartiacque è in genere rappresentato, nella giurisprudenza della Cassazione, dalla possibilità di rilevare la norma UE (e dunque qui la Carta), senza che siano necessari ulteriori accertamenti di fatto non consentiti in sede di verifica della legittimità. E si pensi, ancora e sul versante opposto, alla tendenza che sembra volere anestetizzare il ruolo della CEDU, al punto di escluderne l'autonomo rilievo come motivo di ricorso per Cassazione – se non connesso ad una contestuale proposizione di questione di legittimità costituzionale – stando almeno ad una poco persuasiva decisione delle Sezioni Unite penali, sulla quale si avrà modo di tornare nel prosieguo.

Il problema non è, ovviamente soltanto di natura teorica, ma si dimostra straordinariamente “pratico”. Qualche esempio concreto può essere illuminante²

Sul medesimo verso, la [pronunzia della Corte costituzionale n. 43/2018](#), resa anch'essa in tema di *ne bis in idem*, ha fondato la restituzione degli atti al giudice *a quo* in relazione agli effetti, consolidati, prodotti dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU – Corte dir. uomo, *A e B c. Norvegia* – pur occupandosi anche di materia regolata dal diritto UE – in relazione alla natura armonizzata del tributo in discussione (IVA), totalmente tralasciando di scrutinare la questione sotto il cono d'ombra del diritto eurounitario e dell'art.50 della Carta UE, non prospettato dal giudice remittente – il quale si era limitato ad avanzare la violazione [dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo](#).

Così facendo, il giudice costituzionale ha dunque evitato di valutare le interferenze fra diritto eurounitario e diritto convenzionale che, tuttavia, potrebbero riemergere nell'ambito del giudizio di merito quando, magari, sarà intervenuta la pronunzia della Corte di giustizia chiamata da altri giudici italiani a verificare in sede interpretativa la portata dell'art. 50 della Carta UE.

I casi appena ricordati impongono dunque alla giurisdizione ed alla dottrina un'attenta riflessione sulle modalità di approccio ai diritti fondamentali, sull'uso delle diverse Carte e sui diversi effetti che possono derivare dall'utilizzo dell'uno piuttosto che dell'altro parametro, refluendo inevitabilmente

¹ Tematiche che, del resto, erano state da tempo autorevolmente delineate in un clima diverso da quello attuale, nel quale la Corte costituzionale ha riconosciuto di potere sollevare essa stessa rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e di dichiarare l'incostituzionalità di una norma interna contrastante con un diritto di immediata efficacia contemplato dalla Carta di Nizza-Strasburgo coincidente con un parametro protetto dalla Costituzione. Si veda, ad es., M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri, Milano, 2003, 215.

² Si pensi a Cass. n. 23232/2016 che, in una vicenda nella quale la parte aveva agitato la questione del *ne bis in idem* in materia regolata dal diritto UE, prospettando *contemporaneamente* la violazione della norma convenzionale – art. 4 prot.7 annesso alla CEDU – e dell'art. 50 della Carta UE, ha ritenuto di non riproporre la questione di legittimità costituzionale in precedenza sollevata da Cass. pen., 15 gennaio 2015 n. 1782, ritenendo di dovere ‘anteporre’ l'esame della portata dell'art. 50 della Carta UE, anche per capire la coincidenza di tutela apprestata da tale disposizione rispetto alla corrispondente norma convenzionale. Da qui il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, alla quale è stata rimessa una questione che involgeva il ‘confronto’ fra la giurisprudenza della Corte di giustizia resa sul punto (Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Aklagaren*) e quella della Corte EDU (Corte dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens*).

non solo sulle diverse ‘regole di ingaggio’ sottese ai parametri considerati volta per volta, ma proprio in termini di tutela sostanziale del diritto in gioco. La dottrina mostra di avere ben chiaro il problema, emerso anche a proposito della [sentenza della Corte costituzionale n.11/2020](#)³.

Occorrerà, infatti, chiedersi se la semplice circostanza che sia in discussione un valore fondamentale all’interno del giudizio consenta di individuare – da parte del decisore di turno – in modo assolutamente libero ed anche *ex officio* il parametro normativo di riferimento.

Non si tratta affatto, ad avviso di chi scrive, di aspetti secondari, se solo si consideri che l’utilizzazione dell’uno o dell’altro parametro non soltanto sposta radicalmente il riferimento al sottostante quadro normativo, al punto da incidere sulle modalità decisorie della lite proprio in ragione della regola formalizzata da [Corte cost. n. 269/2017](#), ma determina un evidente condizionamento degli esiti della controversia, laddove la portata, testuale o ermeneutica, del parametro in gioco risulti decisiva per l’esito finale della lite.

Per restare, ad esempio, alla materia delle sanzioni Consob scrutinata dall’ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale già ricordata Cass. (ord.) n. 3831/2018, è evidente che la sussunzione della fattispecie nell’ambito del diritto UE – peraltro adamantina, tanto da condurre la Corte costituzionale a formulare essa stessa il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia con l’[ordinanza n. 117/2019](#) – non può non determinare l’assoggettamento del processo alle ‘regole’ di quello stesso sistema che, per bocca della Corte di giustizia, ha delineato il ruolo della CEDU rispetto alla Carta UE, come si avrà modo di chiarire nel prosieguo della presente indagine.

Ecco, dietro l’angolo, le possibili insidie che possono scorgersi, tanto sul piano del giudice comune che su quello riservato alla Corte costituzionale, per effetto dell’utilizzazione – o della mancata utilizzazione – di diversi parametri, poiché ove si ritenga che la tutela offerta dalla CEDU – o addirittura dalla stessa Costituzione – non sia tale da giustificare l’accoglimento della questione di legittimità costituzionale prospettata, la soluzione riservata al decidente di turno potrebbe risultare non compiutamente appagante, laddove il corrispondente parametro della Carta UE applicabile in relazione al contenuto della materia presa in considerazione, offra un livello superiore. Insidie che, d’altra parte, si convertono in elementi indispensabili per garantire che la “cooperazione” fra i giudici possa determinare effetti fecondi sulla definizione del giudizio e non già fattori patologici, come tali indesiderabili.

2. In punta di piedi sui rapporti fra Carta UE e CEDU e sulle rispettive giurisdizioni. A) La Carta di Nizza–Strasburgo

Detto questo occorre porre sul tappeto le complessità alle quali il giudice è chiamato che, a monte, richiedono la conoscenza delle genesi della Carta UE dei diritti fondamentali⁴ rispetto alla CEDU.

Si è detto di recente che la Carta di Nizza–Strasburgo costituisce “...il vero catalogo dei diritti fondamentali dell’Unione e quindi il primo documento di riferimento per l’individuazione del

³ Cfr. R. MASTROIANNI, [Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali](#), in [European Papers](#), 19 giugno 2020, 7, a proposito della mancata verifica della rilevanza nella vicenda scrutinata della rilevanza o meno del diritto UE : “... Si tratta comunque di aspetti secondari, meritevoli di essere menzionati in questa sede soltanto perché dimostrano ancora una non totale domestichezza degli organi remittenti sull’ambito di applicazione del diritto dell’Unione e quindi della Carta”.

⁴ Fra le prime studiosi a riflettere sulle ricadute della Carta di Nizza nell’ordinamento interno v. M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l’isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 201 ss. e M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2002, 47 (6), 4477 ss. V., altresì, 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

parametro su cui commissionare l'effettivo rispetto di tali diritti da parte dei soggetti che ne sono vincolati⁵.

La verità di tale asserzione va tuttavia mediata dall'uso che il giudice nazionale o europeo ha fatto e intende fare di tale strumento.

I problemi sul tappeto riguardano, in particolare: a) l'ambito di applicazione della Carta UE rispetto a quello della CEDU; b) i rapporti fra la disposizione della Carta e la CEDU, ove quest'ultima prevede una disposizione ad essa corrispondente; c) l'incidenza e rilevanza sulla Carta UE dei c.d. obblighi positivi a carico dello Stato nei rapporti interprivati nascenti all'interno della CEDU; d) i rapporti fra il *diritto vivente* della Carta UE e quello della CEDU; e) i rapporti fra la Carta UE e la CEDU rispetto alla interna conformazione dei diritti protetti da ciascuna Carta. Il ruolo di *living instrument* della CEDU e l'influenza della Carta UE.

Quanto al punto a) esso, se si guarda al piano delle fonti, trova la sua soluzione, per l'un verso, nell'art.51 par.1 della stessa Carta UE che attribuisce alla Carta il suo valore nei confronti di organi e istituzioni dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà e nei confronti degli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione.

La Carta, come ha modo di chiarire il par. 2 dello stesso art.51– gemmazione dell'art. 6, par.1 TUE–, non ha la capacità di fondare nuove competenze e nuovi poteri per l'Unione né modifica competenze e poteri stabiliti nei Trattati. Dunque, la Carta UE è ancillare a questioni in cui è in gioco il diritto UE⁶.

La questione è ben arata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che in una sorta di autolimitazione e *self restraint* rifiuta costantemente di fornire risposta ai rinvii pregiudiziali nei quali si pone a base una disposizione della Carta UE rispetto ad una vicenda che non riguarda l'attuazione del diritto UE.

La Corte di giustizia è ferma nel ritenere che l'articolo 51, paragrafo 1, della Carta prevede che le disposizioni della medesima si applichino agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. L'articolo 6, paragrafo 1, TUE, così come l'articolo 51, paragrafo 2, della Carta, precisa che le disposizioni di quest'ultima non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati (Corte giust. 6 marzo 2014, causa C–206/13, *Cruciano Siragusa*)⁷.

Questo è sufficiente per ritenere che la Corte di giustizia sia chiamata a interpretare il diritto dell'Unione alla luce della Carta UE e nei limiti delle competenze riconosciute all'Unione stessa (sentenza del 15 novembre 2011, *Dereci e a.*, C–256/11, 71).L'idea di una competenza allargata della Corte di giustizia a ipotesi che non rientrano nel diritto dell'UE attraverso la verifica da compiere alla luce della Carta di Nizza–Strasburgo viene scartata, essendo il giudice europeo tenuto a fornire tutti gli elementi d'interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa ai diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto *solo* quando una normativa interna rientra nell'ambito di applicazione di tale diritto⁸.

⁵ S. A. BEVILACQUA, *La Corte di giustizia dell'Unione europea, Un motore per l'integrazione dei popoli*, Firenze, 2020,32.

⁶ V, altresì, la Dichiarazione n. 1, relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona ove si afferma che «[l]a Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

⁷ Corte giust., Grande Camera, 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, 77.

⁸ Si richiama, a tal proposito, Corte giust. 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, punto 19 e giurisprudenza ivi citata. V., ancora più di recente, Corte di Giustizia, Sez. VII, 4 giugno 2020, n. C-32/20 - Pres. Xuereb - Avv. gen. Kokott - TJ c. Balga Srl. Sul tema, v. M. CARTABIA, [Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea](#), in *Rivista AIC*, n. 2/2017. A proposito di tale questione si rinvia ai contributi di 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](#), 4/2017, spec. § 6, ID, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, cit., 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 sulle fonti](#), 2/2019, spec. 25 ss.; nella stessa [Rivista](#), M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*. *Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, 20 ss.; G. Martinico, *Conflitti interpretativi e*

In questa stessa direzione, militano le spiegazioni relative all'articolo 51 della Carta le quali, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e all'articolo 52, paragrafo 7, della Carta, debbono essere prese in considerazione per l'interpretazione di quest'ultima⁹.

Secondo tali spiegazioni, l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione si impone agli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto UE. Tale collegamento può rinvenirsi tanto quando si discute di norme attuative del diritto UE bisognose del recepimento, quanto di disposizioni destinate ad incidere indirettamente sull'efficacia del diritto UE. Si pensi tanto all'apparato sanzionatorio che il singolo Stato adotta per scoraggiare la violazione del diritto UE all'interno del proprio sistema, quanto alle ipotesi in cui lo Stato adotti disposizioni destinate ad impedire al diritto UE di operare nei campi allo stesso riservato e, infine, a quelli in cui è lo Stato stesso ad applicare il diritto UE, per una sua scelta discrezionale, ampliando l'ambito operativo delle disposizioni UE in campi che alle stesse non appartengono.

Ora, ci si è soffermati su questa giurisprudenza della Corte di giustizia per gli effetti che essa produce indiscutibilmente sull'esercizio della giurisdizione interna, laddove essa si pone il problema di individuare il cono d'ombra entro il quale sussumere la lite.

La Carta UE è dunque il *cappello* – come a me piace dire – che il giudice nazionale può maneggiare in via diretta solo se la controversia è “di diritto UE”. E ciò al netto delle considerazioni finali che pure si faranno a proposito del ruolo delle Carte nella protezione dei diritti fondamentali e della loro influenza sul piano ermeneutico delle corrispondenti disposizioni che prendono in considerazione i diritti fondamentali che pure trovano spazio nella Carta UE.

La bontà di questa osservazione sembra direttamente confermata dalla parte più accorta giurisprudenza di legittimità¹⁰.

In definitiva, l'uso disinvolto della Carta UE “fuori distretto” non va in alcun modo suggerito.

Va dunque contrastato l'uso surrettizio del diritto UE – e della Carta UE e del rinvio pregiudiziale alla Corte UE – per giustificare soluzioni interpretative da parte del giudice nazionale che riguardano il diritto interno e non sono regolate specificamente dal campo eurounitario anche se incidono indirettamente sull'applicazione del diritto UE.

Mi pare che debba nettamente distinguersi, dunque, il ruolo del decisore nazionale quando egli è chiamato ad applicare un canone normativo interno del quale egli è interprete primo e unico all'interno di materia non regolata dall'UE, da quello che lo stesso è chiamato a svolgere quando maneggia il diritto UE.

Vestendo l'abito per primo descritto egli potrà certamente orientare il diritto interno nella direzione che ritiene coerente con il quadro dei principi applicabili, eventualmente attingendo anche al canone ermeneutico della comparazione – e per questa via utilizzare principi fondamentali in tutto o in parte sovrapponibili a quelli interni –. Senza che, tuttavia, questo possa legittimare una concorrente legittimazione del giudice di Lussemburgo sul modo con il quale lo stesso interpreta il diritto interno, soprattutto se la materia non è disciplinata direttamente dal diritto UE – v. Cass. 4 febbraio 2020 n. 2467.

concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo, in *Dir. soc.*, 4/2019, 691 ss., spec. 702 ss.; I. MASSA PINTO, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2020, 8 gennaio 2020, 77. Più recentemente, A. RUGGERI, *Il primo “doppio rinvio” dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Brevi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Giustizia Insieme*, 25 maggio 2020, R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni europei*, e B. SBORO, *Il primo “doppio rinvio” dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Brevi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Federalismi.it*, 9 settembre 2020.

⁹ Si richiama, in tal senso, Corte giust. 22 dicembre 2010, *DEB*, C-279/09, punto 32.

¹⁰ V. Cass., S.U., n. 9595/2012. Cfr., in senso omologo, Cass., S.U. n. 22772/2014, Cass. S.U. n. 23867/2014; Cass. S.U. n. 10130/2012; Cass. n. 17006/2014; Cass. 11 luglio 2014 n. 15940, Cass. pen., 17 ottobre 2014 n. 43453, Cass. n. 9026/2013. V., ancora, in modo estremamente nitido, Cass. 4 febbraio 2020 n. 2467. Nel medesimo senso v., già in precedenza, Cass. n. 4184/2012 che, nell'affrontare il tema della trascrivibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso contratto all'estero.

3. B) ...e l'ambito di rilevanza della CEDU

Ben diverso il ruolo della CEDU che si applica agli stati aderenti al Consiglio d'Europa, fra i quali vi sono i Paesi dell'UE, ma non l'UE e le sue istituzioni direttamente che, dunque, non sono soggette alla Convenzione, determinando l'irricevibilità dei ricorsi presentati *ratione personae*.

Saranno invece legittimati *ratione personae* gli stati membri dell'UE per gli atti o comportamenti loro ascrivibili attuati nell'ambito del diritto UE primario e derivato.

In quest'ultimo ambito appare evidente il rischio di sovrapposizione delle tutele apprestate dalla Carta UE e dalla CEDU. A porre riparo verso effetti indesiderati è stata la Corte EDU.

L'equilibrio fin qui trovato tra le possibili distonie tra la protezione dei diritti fondamentali in ambito UE rispetto a quelle fornite a livello di CEDU può a buon titolo definirsi sostanzialmente stabile, almeno fino all'adesione dell'UE alla CEDU, come noto bloccata dal parere negativo della Corte di giustizia del 2014¹¹.

Assetto risalente ad un periodo anteriore alla acquisita vincolatività della Carta UE ma che sembra tuttora operante, non avendo la vincolatività giuridica della Carta prodotto evidenti scossoni sull'impianto inaugurato dalla sentenza *Bosphorus* di cui si è appena fatto cenno.

Va solo precisato che la presunzione di equivalenza fra la tutela convenzionale e quella promanante dai diritti fondamentali di matrice UE presuppone che la Corte di giustizia abbia in concreto esaminato la vicenda escludendo la violazione (Corte dir.uomo, *Michaud c. Francia*, 6 dicembre 2012, parr. 112/116) a meno che il rinvio pregiudiziale non sia stato sollecitato in mancanza di dubbi interpretativi sul diritto UE (cfr. Corte EDU, *Avotins c. Lettonia*, 23 maggio 2016, § 109/116). In proposito va semmai ricordata la giurisprudenza della Corte EDU in tema di responsabilità dello Stato per mancata espressa motivazione sulle ragioni che non indussero l'autorità giudiziaria a sollevare rinvio pregiudiziale, postulandosi una violazione dell'art.6 CEDU¹².

Tale equilibrio, in definitiva, marginalizza l'intervento della Corte EDU rispetto ai casi di violazione della CEDU quando il giudice UE (ivi intendendosi anche il giudice nazionale in controversia ricadente in ambito UE) abbia escluso la violazione del diritto fondamentale corrispondente in ambito UE, presumendosi una protezione equivalente a livello dell'Unione europea, salvo il ribaltamento della presunzione nei termini di cui si è detto.

4. Il metodo comparatistico e le Carte dei diritti – UE e CEDU. A) Il lato virtuoso del confronto

La conclusione appena ricordata non è tale se non si considera che i rapporti fra le due giurisdizioni sovranazionali europee sembrano caratterizzati da una sostanziale “armonia”, posto che per il giudice di Lussemburgo l'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo è fondamentale ai fini dell'esatta determinazione dei precetti della Convenzione (Corte giust., 17 febbraio 1998, C-249-96) e che parimenti essenziale risulta la giurisprudenza della Corte di giustizia – e la stessa Carta di Nizza – per i giudici di Strasburgo¹³. Rientriamo, a questo proposito, nel tema della mutua assistenza

¹¹ Sui rapporti fra la protezione offerta dalla CEDU ai diritti fondamentali e quelli di matrice UE occorre muovere dalla sentenza della Corte EDU, *Bosphorus c. Irlanda*, 30 giugno 2005 (ric. n. 45036/98) (*Recueil des arrêts et décisions*, 2005-VI).

¹² Corte EDU, 20 settembre 2011, ric. nn. 3989/07 e 38353/07, *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*; Corte EDU, 10 aprile 2012, *Vergauwen c. Belgio*, ric. n. 4832/04; Corte EDU, 8 aprile 2014, *Dhahbi c. Italia*, ric. n. 17120/09; Corte EDU, 21 luglio 2015, *Schipani c. Italia* - ric. n. 38369/09; Corte EDU, 8 settembre 2015, *Wind telecomunicazioni spa c. Italia*; Corte EDU, 24 aprile 2018, *Ilkay Baydar c. Olanda*, ric. n. 55385/14.

¹³ V. Corte dir. uomo, 19-4-2007, V. E. c. *Finlandia* (ric. n. 63235/00) ove il giudice di Strasburgo – punti 28 ss. e 60- ha espressamente richiamato l'art.47 della Carta di Nizza, le spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali che precedono la Carta dei diritti fondamentali contenuta nel Trattato sulla Costituzione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia (Corte giust. 15 maggio 1986 C-222/84) per modificare il proprio precedente orientamento-Corte dir. uomo

che le Carte dei diritti fondamentali si prestano vicendevolmente, arricchendo il catalogo dei diritti fondamentali interno attraverso il richiamo alle corrispondenti disposizioni delle altre Carte per come esse risultano vivificate dalle rispettive giurisdizioni. Si tratta di un processo che si innesta in quel metodo comparatistico che trova evidenti conferme sul piano normativo.

L'analisi svolta dalla dottrina più accorta¹⁴ sul valore e sul rilievo del diritto straniero per i giudici ha da tempo compiutamente confutato, fuori da logiche nazionali-patriottiche tale critica, dimostrando non soltanto l'efficacia e la rilevanza di siffatto metodo¹⁵, soprattutto laddove si discuta di diritti fondamentali, ma anche la concreta pratica di siffatto metodo da parte delle Corti supreme di molti Paesi occidentali¹⁶, capace di produrre un moto circolare fecondo quando la stessa traccia quasi inconsapevolmente una strada di comunanza di tutela dei diritti fondamentali¹⁷.

Non può dunque disconoscersi che il ricorso al metodo comparatistico, in funzione vuoi di conoscenza, vuoi persuasiva, vuoi rafforzativa e di sostegno, vuoi, ancora di ispirazione per applicare, interpretare, adattare o completare il diritto nazionale, specialmente quando quel diritto è obsoleto, poco chiaro, contraddittorio¹⁸ o addirittura carente¹⁹ rappresenta, nei fatti, un elemento indefettibile che (soprattutto) le Corti supreme *devono* utilizzare²⁰, al pari dell'utilizzo che di siffatto metodo, con tutte le cautele del caso, viene fatto dalle Corti sovranazionali²¹.

Anzi, proprio il confronto fra diversi formanti favorisce la creazione di quelle "consuetudini interpretative" convergenti capaci di produrre una non comune forza persuasiva²².

Per un verso, è proprio la ricerca comparativa che contribuisce all'emersione, sia pur difficoltosa, di uno *ius commune* in materia di diritti fondamentali.

La prospettiva della comparazione è dunque divenuta strumento di ridefinizione semantica di istituti per effetto dell'apertura del sistema interno al diritto internazionale e sovranazionale nonché metodo di lavoro *basico* per il giurista anche di *civil law* e, soprattutto, per il giudice che maneggia i

8.12.1999, *Pellegrin c. Francia* (r. n. 28541/95) – e ritenere che il diritto ad un *ricorso al giudice effettivo* aiuta ad interpretare il concetto di “materia civile” che fa capo all’art.6 CEDU, estendendolo così anche alle controversie di natura patrimoniale fra amministrazione di appartenenza ed ufficiali di polizia anche se il rapporto di lavoro involge l’esercizio di potere. Per la posizione precedente della Corte EDU, v. Corte dir. uomo 9 dicembre-1999, *Pellegrin c. Francia*, commentata da C. FOCARELLI, *L'applicabilità del diritto all'equo processo al pubblico impiego: il caso Pellegrin*, in *Riv. dir. inter.*, 2000,770; v. A. SONAGLIONI, *Giusto processo, pubblico impiego, e diritto europeo: fine delle incertezze?*, *Corr.giur.*,2000,3,304; A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004, 85; R. G. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2010.

¹⁴ B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, Bologna, 2009, trad. a cura di M. Taruffo.

¹⁵ V., del resto, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico e O. Pollicino, Groningen, 2010.

¹⁶ V. A. BARAK, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., 391; V. ancora, *ibidem*, G. CANIVET, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, 413 ss. e, specificamente, 416.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, 148: “...Sono importanti le corti costituzionali e le corti supreme statali, quando interpretano in modo convergente i cataloghi dei diritti contenuti nelle rispettive costituzioni nazionali e nelle convenzioni internazionali, così cooperando spontaneamente alla creazione, allo sviluppo e alla difesa di un patrimonio giuridico comune, di portata ultranazionale.”

¹⁸ G. CANIVET, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, cit., 418.

¹⁹ V. C. SARRA, *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. ancora sull'uso “dialettico” del precedente giudiziario*, in *Dialoghi tra Corti e principio di proporzionalità*, a cura di M. Bianchini e G. Gioia, Padova, 2013,477 ss. ove l'A. muove dal presupposto che una delle condizioni per l'uso della comparazione deve essere quella della lacunosità del sistema nazionale che giustifichi l'utilizzo del diritto straniero: 490.

²⁰ B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, in *Giudici e diritto straniero*, cit., 221.

²¹ V. i due saggi di C. L. ROZAKIS, *Il giudice europeo come comparatista* e di K. SCHIEMAN, *Il giudice come comparatista*, a proposito del rilievo della comparazione rispettivamente presso la Corte di Giustizia e presso la Corte europea dei diritti dell'uomo, in B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., 445 ss. e 467 ss.

²² A. RUGGERI, *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*, 2013 (30.01.13), 11.

diritti della persona e le scelte che questa compie. Comparazione che non costituisce orpello ornamentale destinato ad abbellire e rendere dotte le decisioni del giudice, ma piuttosto criterio ermeneutico capace di giocare un ruolo di sostanza pieno ed importante quando il giudice è chiamato ad interpretare il quadro normativo primario di un sistema democratico fondato sulla persona o quello secondario o, ancora, ad esaminare le lacune del sistema.

La comparazione solo in apparenza non risulta codificata²³, ma è, in effetti, desumibile dall'apertura della Costituzione alle fonti sovranazionali – e dunque impone al giudice un'interpretazione secondo tali fonti e dunque a cascata un'interpretazione delle leggi che sono attuazione dei principi costituzionali.

La fonte dalla quale desumere la precettività della comparazione, d'altra parte, può agevolmente evincersi dallo stesso riferimento all'interpretazione sistematica contemplata dall'art.12 preleggi c.c. Disposizione, in ogni caso, da sottoporre a rilettura alla luce della Costituzione, non facendo essa ad es. menzione dell'interpretazione costituzionalmente orientata sulla obbligatorietà della quale non si discute malgrado il silenzio della medesima sul punto – e che, in conclusione, costituisce dato ineludibile tanto sul piano interno, per quanto detto, che su quello sovranazionale²⁴.

Possono dunque concludersi tali riflessioni riportandole al tema di indagine qui affrontato, appunto collegato alle interrelazioni fra la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la CEDU. Interrelazioni che sono per l'un verso direttamente e staticamente regolate dalle disposizioni già ricordate dalla Carta UE ma che, per altro verso, vivono o, meglio, *convivono* su un parallelo piano ermeneutico, molto più liquido e aperto, nel quale vanno spesso a completare quegli interstizi che il livello di protezione di un diritto non garantito dall'una Carta trova invece più appagante tutela nell'altra, attraverso la voce che ad essa viene data dai giudici che ne fanno applicazione.

4.1. B) *Il lato problematico. L'efficacia diretta della Carta UE e il suo diverso atteggiarsi come strumento di tutela dei diritti nell'ordinamento interno rispetto alla CEDU. Una questione, mai pienamente affrontata, di "eguaglianza"*

Veniamo al lato meno limpido del confronto fra le due Carte sovranazionali, emergente quando si constata che il diverso operare della CEDU nell'ordinamento interno secondo le note sentenze gemelle della Corte costituzionale ([sentt. nn. 348 e 349 del 2007](#)) – in forza del quale non è possibile la disapplicazione della norma interna incompatibile con la CEDU – determina un'evidente diversità di tutela fra le posizioni garantite direttamente dalla Carta UE nell'ambito delle controversie regolate dal diritto dell'Unione europea e quelle ad esso esterne. Il problema lo abbiamo affrontato esplicitamente qualche tempo fa e ad esso è sufficiente qui rinviare, ribadendo i dubbi in ordine alla razionalità di un sistema che consenta l'immediata efficacia della disposizione della Carta UE che, se di derivazione CEDU, non può assumere un livello di protezione inferiore a quello convenzionale ma neghi, per converso, l'immediata efficacia della norma convenzionale e la sua prevalenza rispetto al dato normativo interno con essa incompatibile²⁵.

Altra questione spinosa che l'interprete sarà chiamato ad affrontare è poi quella che nasce dal riconoscimento pienamente costituzionale della Carta UE espresso dalla [sentenza n. 269/2017](#) che, dopo le precisazioni espresse dalla Corte costituzionale con le sentenze successive – da ultimo [Corte](#)

²³ V., diffusamente, A. RUGGERI, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX, *Studi dell'anno 2015*, 435 ss. e, specificamente, 439.

²⁴ V. P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, in [Europeanrights.eu](#); G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011.

²⁵ R. G. CONTI, *La giurisdizione ordinaria nel processo di integrazione europea*, in AA.VV., *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Torino, 2017, 93 ss.

[cost. ord. n. 182/2020](#), rende possibile una disapplicazione della norma interna contrastante con la Carta UE – ove immediatamente efficace–.

La natura *sostanzialmente costituzionale* delle disposizioni contenute nella Carta UE che pure la [sentenza n. 269](#) cit. riconosce e la successiva piena possibilità riconosciuta al giudice comune di direttamente disapplicare la norma interna incompatibile con la Carta UE immediatamente efficace anche a prescindere dal controllo di costituzionalità che pure il giudice potrebbe sperimentare senza averne alcun obbligo – stando ai chiarimenti successivamente espressi dallo stesso giudice costituzionale ([Corte cost. sent. n. 20/2019](#), e ordd. nn. [69/2019](#), [117/2019](#) e [182/2020](#))²⁶ – aprono un ulteriore fronte, collegato al ruolo del giudice comune nella protezione dei diritti fondamentali.

5. I rapporti fra Carta UE e CEDU (artt.52 e 53 Carta UE)

Ma a parte la sistemazione dei rapporti fra le giurisdizioni rileva, quanto ai rapporti fra le possibili interferenze fra le Carte di cui qui discutiamo, il quadro normativo inserito all'interno della Carta UE che di seguito si riporta.

Le norme di riferimento che disciplinano le relazioni fra i diritti contemplate dalle due Carte sono dunque rappresentate dall'art.52²⁷ par.1, 2 e 3²⁸ e 53²⁹ della Carta UE e dall'art.53 della CEDU.

In termini generali può dirsi che l'art.52, come emerge dalle Spiegazioni ad esso riferibili annesse alla Carta UE, “*mira a fissare la portata dei diritti garantiti.*”.

Un numero cospicuo di diritti fondamentali previsti dalla Carta UE costituisce gemmazione di quelli previsti dalla CEDU, mentre altri (si pensi ai diritti sociali) non trovano il loro corrispondente nella CEDU.

Si tratta di una relazione che non può essere peraltro esaminata in modo complessivo, ma richiede un esame particolare di ogni singolo diritto, riscontrandosi spesso una implementazione del diritto di matrice convenzionale, a volte collegato a preesistenti orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia, altri ad ammodernamenti del tessuto precettivo di diritti scolpiti nel lontano 1950, altri ancora a modifiche destinate ad ampliare l'ambito operativo del valore preso in considerazione dalla CEDU.

Limitando dunque l'analisi ai diritti che – all'interno di apposite sezioni create – trovano contemporaneamente posto nelle due Carte, sembra di poter dire che le tecniche di normazione utilizzate dalla Carta UE non sono sovrapponibili a quelle sperimentate da chi diede vita alla CEDU, al cui interno le limitazioni ai diritti fondamentali sono ammesse in relazione a ciascun diritto e si attecchiano in relazione a quanto previsto nei paragrafi generalmente seguenti a quelli che delineano il contenuto di un singolo diritto.

Tecnica normativa diversa da quella seguita per la Carta UE che dedica, invece, in via generale, una disposizione (art. 52, par. 1) alle limitazioni che sembrerebbero, seguendo un'interpretazione letterale, legittime purché previste per legge e tali da non nuocere al contenuto essenziale dei diritti stessi e purché venga rispettato il principio di proporzionalità.

²⁶ Per qualche ragguaglio sulla questione v., volendo, R. G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no? A proposito di Corte cost. n. 20/2019*, in *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, a cura di G. Palmisano, Napoli, 2020, 571. V, utilmente, L. TRUCCO, G. MARTINICO e V. SCARABBA, nell'intervista di R. G. CONTI su *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzata o armonico menage*, in *Giustizia Insieme*, 8-9-10 maggio 2019, ora in *Il mestiere del giudice*, a cura di R. G. Conti, Padova, 2020, 79.

²⁷ 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.

²⁸ Corte giust., Grande Camera, 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, A.K.

²⁹ È noto che l'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, nella sua più recente versione, stabilisce che “L'Unione riconosce 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”.

Vi è, certo, il problema di chiarire se, all'interno della Carta UE, valga il medesimo di sistema di "deroghe" ai diritti come disciplinato dalla CEDU, dovendosi il lettore immediatamente indirizzare sul versante del rapporto fra Carta UE e art.15 CEDU. Tematica, quest'ultima, che le Spiegazioni già ricordate, sotto l'art. 52 cit., affrontano in modo tutto sommato minimale, limitandosi ad affermare che "La Carta lascia impregiudicata la possibilità degli Stati membri di ricorrere all'articolo 15 della CEDU, che permette di derogare ai diritti sanciti dalla convenzione in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, quando agiscono nell'ambito della difesa in caso di guerra o nell'ambito del mantenimento dell'ordine pubblico, conformemente alle responsabilità loro riconosciute all'articolo 4, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea e agli articoli 72 e 347 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea." Questione assai delicata, soprattutto nell'attuale contesto pandemico, che non può in questa sede essere approfondita.

Per altro verso, il terzo paragrafo dell'art. 52, si diceva, è quello più delicato perché sembra delineare un sistema di rapporti fra Carta UE e CEDU lineare in forza del quale la cornice di un diritto della Carta UE va necessariamente scolpita sulla base della corrispondente norma convenzionale.

A prima lettura il sistema sembra orientato ad operare sul piano delle fonti e risulta finalizzato a creare un canale di collegamento particolarmente omogeneo fra le due Carte in modo che la Carta UE non possa prescindere dal contenuto della corrispondente norma convenzionale. Meccanismo che metterebbe al riparo da possibili frizioni fra i due sistemi, individuando nella CEDU uno *standard* minimo di protezione al di sotto del quale il corrispondente diritto della Carta UE non potrebbe andare. La garanzia che sembra dunque essere presa in considerazione come valore da salvaguardare ad ogni costo è quella di una soglia di protezione che non può scendere sotto il livello di tutela garantito a livello convenzionale.

Occorre allora impegnarsi nell'individuazione delle tecniche di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE quando essa rispecchia diritti già riprodotti nella CEDU che abbiano sempre e comunque presente la giurisprudenza della Corte EDU.

Si pone, peraltro, il problema di individuare il *ruolo* della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (non espressamente richiamata dal ricordato art. 52.3).

In proposito, le Spiegazioni a tale disposizione affermano, fra l'altro, che "...Il significato e la portata dei diritti [CEDU] garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea". Agevole sul punto appare il riferimento alla giurisprudenza della stessa Corte di giustizia Corte just., 22 dicembre 2010, causa C-279/09, DEB, par. 35.

Ad ogni modo, sembrerebbe agevole ipotizzare una sorta di *gerarchia* fra le Carte, nel senso che al corrispondere del parametro Carta UE con la CEDU la tutela offerta dal primo non potrebbe che essere quella già affermata dal secondo parametro. Ed analogamente sembrerebbe risultare il rapporto fra Carta UE (e tradizioni costituzionali comuni).

Ma il discorso è decisamente più complesso, per più ordini di ragioni.

Per un verso, le disposizioni della Carta UE sopra ricordate attengono appunto alle Carte dei diritti fondamentali e non a chi è chiamato ad applicarle, e cioè produce il *diritto vivente* che vivifica quegli strumenti e li rende concretamente fruibili agli operatori del diritto. Per altro verso, non va dimenticata una delle caratteristiche peculiari del diritto UE, appunto rappresentata dal "primato" dello stesso rispetto ai sistemi normativi dei singoli Paesi membri. Né è marginale la circostanza che l'UE non abbia aderito alla CEDU, come già ricordato.

Occorre dunque verificare come abbia inteso la Corte di giustizia il sistema appena delineato.

In primo approssimazione, la sensazione che sembra emergere è di una prospettiva che non intende risolvere il nodo dei rapporti fra Carta UE e CEDU sul piano delle fonti, piuttosto preferendo quello, più elastico della *cooperazione* all'individuazione dei contenuti dei diritti fondamentali senza che ciò

imponga un vincolo a carico della Corte di giustizia sull'interpretazione della CEDU, preferendosi, ancora una volta, l'utilizzo di formule meno perentorie per delineare i rapporti fra le Corti³⁰.

Vincolo che non vi è mai stato prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza-Strasburgo e che è apparso ininfluente rispetto ad un'armoniosa tutela dei diritti da parte delle due Corti.

Né, d'altra parte, il Preambolo della Carta UE considera la giurisprudenza della Corte di Strasburgo come dotata di efficacia vincolante, semmai riconoscendo alla Corte di Strasburgo, al pari che alla Corte di Giustizia, il ruolo di artefice nella protezione dei diritti fondamentali.

In effetti, sul punto la posizione della Corte di giustizia può definirsi composita.

A volte si afferma che quando l'individuazione del contenuto di siffatti diritti viene disciplinata dalla CEDU l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, impone di dare ai diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di questi ultimi.

Ma è pur vero che nel medesimo contesto la Corte di giustizia non manca di sostenere che la CEDU non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione (sentenze *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 44, nonché *Inuit Tapiriit Kanatami e a./Commissione*, C-398/13 P, EU:C:2015:535, punto 45). E poiché le spiegazioni relative all'articolo 52 della Carta di Nizza Strasburgo indicano che il paragrafo 3 del suddetto articolo intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, «senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea» lo stesso giudice di Lussemburgo ha ritenuto che «...secondo un principio ermeneutico generale, un atto dell'Unione deve essere interpretato, nei limiti del possibile, in modo da non inficiare la sua validità e in conformità con il diritto primario nel suo complesso e, in particolare, con le disposizioni della Carta»³¹.

Per questo motivo la Corte di giustizia preferisce, a volte, ricorrere all'affermazione per cui la CEDU «deve essere presa in considerazione per interpretare l'articolo della Carta di Nizza Strasburgo ad essa corrispondente»³². Anche se talvolta la stessa Corte di Lussemburgo non ha mancato di fare derivare dal mancato inserimento della CEDU nell'ordinamento UE l'omesso riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU sul corrispondente articolo della Convenzione (cfr. Corte giust., 6 ottobre 2016, causa C-218/15, *Gianpaolo Paoletti e altri*)³³.

Si tratta, in definitiva, di un indirizzo che tende, in modo più o meno marcato, a smarcare la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo da un vincolo preciso rispetto alla CEDU che, come detto, non costituisce «atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione.»

Ma il vincolo si avverte nel momento in cui l'operazione di interpretazione autonoma non può in ogni caso giungere ad un livello di protezione inferiore rispetto a quello offerto dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte EDU.

5.1 *Ancora sul valore della CEDU (e della Costituzione). Indietro tutta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite (penali). A proposito della poco convincente Cass., S.U., 23 ottobre 2020 n. 29541, Filardo.*

³⁰V. Corte. Giust., Grande Sezione, causa C-465/07, 17 febbraio 2009, *Meki Elgafaji*, delineando i rapporti fra CEDU e Corte dei diritti umani: 28: «... A tale proposito, occorre rilevare che, benché il diritto fondamentale garantito dall'art. 3 della CEDU faccia parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte assicura il rispetto e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo venga *presa in considerazione* nell'interpretare la portata di tale diritto nell'ordinamento giuridico comunitario.»

³¹ V. Corte giust., sentenze *McDonagh*, C-12/11, punto 44, e *Riesame Commissione/Strack*, C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, punto 40; Corte giust.[GC]15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, § 47-48.

³² Corte giust. 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, *C.K.*, §68; Corte giust., 28 luglio 2016, causa C-294/16 PPU, *JZ*, § 50; Corte giust. [GC]15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, cit., § 77.

³³ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Priit Pikamäe presentate il 23 aprile 2020 nelle cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU FMS, FNZ (C-924/19 PPU), SA, SA junior (C-925/19 PPU).

Una forte presa di posizione delle Sezioni Unite penali desta non poche perplessità a proposito del valore della CEDU nell'ordinamento interno.

Il giudice della nomofilachia – Cass., S.U., 23 ottobre 2020 n. 29541, *Filardo* – destinato funzionalmente ad offrire una parola particolarmente autorevole e, come sul dirsi, nomofilattica, del giudice ordinario di ultima istanza, ha di recente affermato, pur non investita specificatamente della questione dal Primo Presidente, che la CEDU, al pari della Costituzione avrebbe un ruolo assolutamente ridotto all'interno del giudizio di legittimità, poiché la presunta violazione del parametro convenzionale "...a sua volta proponibile in ricorso unicamente a sostegno di una questione di costituzionalità di una norma interna" dovrebbe fare i conti con il rango che la CEDU ha all'interno del sistema delle fonti, appunto meramente "integratrice del precetto di cui all'art.117, comma 1, Cost."

Da qui l'inammissibilità della censura che pone alla sua base la violazione del parametro convenzionale in assenza di una questione di legittimità costituzionale proposta.

Ora non si intende qui in alcun modo affrontare la questione relativa alla violazione di norma costituzionale, dovendosi invece spendere soltanto qualche parola in ordine alla ritenuta inammissibilità di una censura che, come nel caso esaminato dalle S.U. penali, avesse come punto di riferimento norme del codice di procedura penale unitamente alla prospettata violazione della CEDU.

Orbene, stando al ragionamento delle Sezioni Unite penali –che sul punto seguono un orientamento espresso dalla sezione seconda penale (Cass. pen. n. 12623/2020) – il rango subordinato della CEDU alla Costituzione non potrebbe che consentire il ricorso al parametro convenzionale se ed in quanto funzionale ad una questione di costituzionalità che, non essendo stata prospettata dal ricorrente, rende la censura non esaminabile dal giudice di legittimità.

Il ragionamento non persuade per due ordini di ragioni.

Perché, da un lato, esso tralascia di considerare che è *pleno iure* "legge" il testo normativo che ha ratificato, nel 1955, la CEDU nell'ordinamento interno – legge n. 848/1955 – di guisa che, a titolo meramente esemplificativo, tale parametro è destinato a prevalere rispetto ad una disposizione di legge antecedente con essa incompatibile o comunque a trovare applicazione in caso di lacuna normativa, di vuoto che il giudice può colmare attraverso l'applicazione del detto parametro.

Ma quel che più colpisce rispetto alla netta presa di posizione delle Sezioni Unite è la totale pretermissione, all'interno del processo decisionale del giudice di nomofilachia, del piano interpretativo ed ermeneutico sul quale si colloca la CEDU. Piano al quale, per converso, il giudice, *ogni giudice* è tenuto proprio in forza delle note sentenze gemelle della Corte costituzionale rese nell'ottobre 2007 e nei seguiti che esse hanno avuto.

Un piano, quello interpretativo, indefettibile al quale il decisore di turno, compreso quello di ultima istanza, non pare potersi in alcun modo sottrarre tutte le volte in cui gli sia prospettato un *vulnus* della decisione giudiziale rispetto al parametro convenzionale. Basta, sul punto, rinviare alle riflessioni a più riprese espresse da autorevole dottrina³⁴.

In questo caso spetterà al giudice verificare se detto *vulnus*, ove ritenuto esistente, possa essere rimosso attraverso una interpretazione del dato normativo interno coerente con il parametro convenzionale, senza dunque alcuna necessità di investire il giudice costituzionale e con l'ovvia ulteriore possibilità di considerare che l'incidente di costituzionalità potrà eventualmente essere sollevato dal giudice al quale è stata proposta la censura ove egli dovesse ravvisare una radicale incompatibilità del dato normativo interno con la CEDU tale da richiedere necessariamente l'intervento del giudice costituzionale.

Quella adottata dalle Sezioni Unite penali, rispetto ad una censura che aveva peraltro prospettato la violazione di norme interne e convenzionali, si dimostra essere una posizione per certi versi oscurantista rispetto al reale ruolo della CEDU nel sistema interno che, oltre a produrre una regressione significativa del livello di effettività del sistema di protezione dei diritti, finisce con

³⁴ Sulle indicazioni metodologiche relative al modo di operare della CEDU offerte a più riprese da A. RUGGERI sia consentito rinviare a R. G. CONTI, [Ruggeri, i giudici comuni e l'interpretazione](#)-, in [Giustizia Insieme](#), 4 ottobre 2019.

l'approfondire ancora di più lo iato fra CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, in definitiva ulteriormente enfatizzando i problemi in punto di eguaglianza fra le tutele apprestate dai ricordati strumenti di cui si dirà nei successivi paragrafi.

L'unica speranza è che l'indirizzo appena registrato non rappresenti il punto di vista delle Sezioni Unite sul tema della rilevanza della CEDU nell'ordinamento interno anche per ciò che riguarda la proposizione del ricorso per Cassazione, ma unicamente una sorta di *obiter* sul quale il giudice di nomofilachia potrà, magari, in un non lontano futuro ritornare, fornendo una lettura più coerente con i principi espressi dalla Corte costituzionale.

6. La massimizzazione delle tutele nel campo dei diritti fondamentali. A proposito dei rapporti fra Carta UE e CEDU

Va in ogni caso tenuto fermo che quanto fin qui detto non incide affatto sulla possibilità di offrire un segmento di tutela superiore rispetto alla corrispondente disposizione della CEDU quando la Carta di Nizza–Strasburgo dovesse essere interpretata in modo da garantire un innalzamento del livello di tutela offerto da quest'ultima.

In questa direzione a prendere posizione univoca è, in termini generali, l'art.53 della Carta sul quale occorre soffermarsi. Entriamo così nel vivo del tema delle relazioni fra i livelli di protezione che la Carta e la CEDU offrono ai diritti fondamentali.

Tale disposizione intende fissare, anche in questa circostanza, alcuni paletti che sembrano muoversi sul piano delle fonti.

Nelle Spiegazioni annesse all'art. 53 della Carta UE si dice che *“Questa disposizione mira a salvaguardare il livello di protezione attualmente offerto, nei rispettivi campi d'applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto degli Stati membri e dal diritto internazionale. Data la sua importanza, viene citata la CEDU. Il livello di protezione offerto dalla Carta non potrà in alcun caso essere inferiore a quello garantito dalla CEDU; ne consegue che il sistema di limitazioni previsto nella Carta non può scendere al di sotto del livello previsto dalla CEDU.”*

Da qui una possibile lettura in termini di gerarchia fra la Carta UE e la CEDU a favore della seconda.

Ora, non sembra potersi disconoscere che il risalto concesso dall'art. 53 della Carta UE alla CEDU intende riconoscere al sistema convenzionale – nel quale gioca un ruolo determinante il diritto vivente della Corte europea (come ha cura di chiarire la *motivazione* dell'articolo citato allegata alla *Nota*) – una sorta di “sovraordinazione” sulla tutela appresta ai diritti fondamentali alla CEDU, rendendo più stringente la conformazione delle regole comunitarie in materia di diritti umani a quelle della Convenzione, per come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

Ciò, del resto, è in piena armonia con la storia stessa della tutela dei diritti fondamentali nel diritto comunitario, che appunto la Corte di giustizia alimentò traendo proprio dalla CEDU – oltre che dal vago rinvio alle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri – la materia su cui edificare la protezione – comunitaria e dunque autonoma – dei diritti fondamentali.

Ma la prospettiva che qui si preferisce assecondare è esattamente opposta, muovendo da un'analisi comparativa dell'art. 52 appena ricordato e dell'art. 53 della CEDU al quale il primo si rifà.

Sotto la rubrica “Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti”, l'art. 53 CEDU prevede, come si è già ricordato, che “nessuna delle disposizioni della presente 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 ad ogni altro accordo al quale essa partecipi.”

Anche la disposizione CEDU da ultimo ricordata intende offrire all'interprete un mezzo per ovviare alla criticità rappresentata dal diverso *standard* di tutela di un diritto fondamentale eventualmente esistente fra il catalogo della Convenzione e la protezione nazionale allo stesso riconosciuta, salvaguardando il livello di protezione più benevolo di un diritto fondamentale.

Questo mezzo è, per l'appunto, rappresentato dal canone ermeneutico volto a dare prevalenza, per ciò che riguarda i rapporti fra diritto nazionale e CEDU, alla protezione di più ampio livello anche se essa promani dalla fonte nazionale, in definitiva tratteggiando il carattere della sussidiarietà che ivi campeggia.

La trasposizione quasi pedissequa dell'art. 53 CEDU nell'art. 53 della Carta di Nizza crea, peraltro, ulteriori e forse più complessi problemi, se si considera che l'art. 53 della Carta UE contempla nell'opera di armonizzazione che nasce dall'interpretazione non solo la CEDU, ma anche le Costituzioni degli Stati membri (tema che non è qui possibile affrontare fuoriuscendo dal perimetro del presente intervento).

Se ci si ferma, dunque, ad un'analisi quasi letterale dell'art. 53 si potrebbe così avere l'impressione che la carica di armonizzazione correlata al richiamo della CEDU subisce, in effetti, pesanti condizionamenti, non potendosi mai oltrepassare, nell'affermazione dei diritti sanciti dalla Carta, “i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali” riconosciuti “anche” dalle Costituzioni degli Stati membri che finirebbero così per assurgere a fonte prevalente.

E sempre seguendo quest'impostazione si dovrebbe finire col riconoscere che anche la Carta di Nizza–Strasburgo non ha potuto fare a meno di legittimare quella teoria dei c.d. contro-limiti che alcune Corti costituzionali europee – fra le quali quella italiana – hanno coniato per comprimere il “primato” del diritto comunitario nel tentativo, più o meno dichiarato, di costituire un fortino per salvaguardare le “fondamenta” dei singoli Stati dai diritti di matrice sovranazionale – ancorché classificati come *fondamentali* –. E ciò anche se la Corte di giustizia, a partire dalla sentenza *Melloni*, ha mostrato di sentirsi refrattaria a tale “pericolo”.

Il nodo può sembrare “gordiano” e “conflittuale”, ma è meno astruso e complicato di quanto possa sembrare se si abbandona non solo l'idea di governare i diritti fondamentali ricercando il *primato* dell'una fonte sull'altra, ma anche una prospettiva fondata su una davvero improbabile “scala” fra le fonti – nazionali e sovranazionali – che contemplan e contengono i diritti fondamentali.

Risulta quindi persuasiva l'impostazione autorevolmente e ripetutamente espressa negli anni da numerosi studiosi di siffatte tematiche rifacendosi qui, in particolare, al pensiero esposto da Antonio Ruggeri³⁵, alle cui parole nulla sembra doversi e potersi aggiungere quando l'Autore auspica un uso massiccio del canone ermeneutico per sciogliere i nodi prodotti dalla tutela *multilivello*³⁶.

Occorre dunque concludere che l'articolo 53 della Carta UE intende affrontare il tema del coordinamento fra fonti nazionali e sovranazionali che regolamentano diritti e libertà fondamentali facendo espresso ricorso al canone interpretativo – in piena sintonia con l'interpretazione dell'art. 53 CEDU fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – in esso individuando un meccanismo capace di favorire un'osmosi fra i diversi cataloghi dei diritti, ma anche di salvaguardare la protezione più approfondita che un valore può avere in uno strumento diverso dalla Carta (UE) e dunque il pluralismo nella tutela dei diritti fondamentali in Europa. Tutto questo in modo da realizzare una “tensione” verso il massimo livello di tutela, inteso come metavalore che *irraggia* le relazioni fra tutte le Carte dei diritti, nazionali e sovranazionali. Prospettiva, quest'ultima, che non trova consensi unanimi nella dottrina e che, tuttavia, serpeggia ora anche nella giurisprudenza costituzionale, se si guarda ad un recente passaggio contenuto nell'[ordinanza n. 182/2020](#) della Corte costituzionale³⁷.

In definitiva, la protezione offerta dalla Carta UE (deve) cedere rispetto a quella offerta dalla CEDU per come interpretata dalla Corte di Strasburgo e può risultare recessiva anche rispetto alla maggior protezione eventualmente riconosciuta dalle Costituzioni nazionali, impregiudicata la

³⁵ A. RUGGERI, [Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie](#), in questa [Rivista](#), 2019/III, 714.

³⁶ V., fra gli ultimi interventi dell'Autore cit. nel testo, il pensiero espresso nell'intervista di R. G. CONTI, insieme a R. Bin, sul tema, *Giudice o giudici nell'Italia post-moderna?*, in *Il mestiere del giudice*, cit., 1 ss.

³⁷ [Corte cost. ord. n. 182/2020](#), punto 3.2: “Questa Corte ravvisa, infatti, una connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di cassazione e quelli riconosciuti dalla Carta, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici. Spetta dunque a questa Corte salvaguardarli in una prospettiva di massima espansione.”

possibilità di attribuire diritti maggiori di quelli tutelati dalla CEDU (art.52).Ciò perché la tutela multilivello non esclude che ciascun sistema nazionale sia caratterizzato da una migliore tutela di quei diritti fondamentali che costituiscono il suo patrimonio costituzionale, anzi orientandosi verso una costante interazione che appunto alimenta la sussidiarietà tra i diversi sistemi, l'uno potendo soccorrere in caso di fallimento dell'altro³⁸.

Orbene, tornando alla consistenza dell'art. 53 della Carta UE e senza voler negare le diversità esistenti con il meccanismo sancito dall'art. 53 CEDU – essenzialmente correlate al diverso rapporto di forza esistente fra CEDU e sistemi normativi dei Paesi aderenti – appare in ogni caso chiaro che l'opera di armonizzazione che certamente la Carta di Nizza–Strasburgo intende perseguire non può che alimentarsi dell'attività, a tratti coraggiosa ed a tratti prudente, dei “giudici” chiamati a dare voce ai diritti fondamentali ed ai diversi cataloghi dei diritti.

Ed è proprio l'art. 53 a garantire, attraverso l'armonizzazione giurisprudenziale delle Corti nazionali e delle due Corti europee perseguita con il metodo dell'interpretazione *conforme* alla CEDU, il “diritto comune delle libertà” in Europa.

Anzi, corre l'obbligo di precisare che nel concetto di “giudici” chiamati ad interpretare questo composito quadro normativo relativo ai diritti fondamentali vanno a pieno titolo inseriti i “giudici comunitari di diritto comune” e, dunque, gli organi giurisdizionali nazionali che saranno appunto chiamati, laddove non decidano di sperimentare il meccanismo del rinvio pregiudiziale – dovuto solo per le giurisdizioni superiori – a procedere a quella delicata opera di “bilanciamento” ed armonizzazione dei diritti fondamentali che sposta notevolmente il baricentro del diritto da una fase *statica* ad una ben più ricca – ed a tratti *incerta*, se si continua a pensare alla certezza del diritto in termini tradizionali – fase *dinamica*, diuturnamente alimentata dall'opera interpretativa della magistratura.

Illusorio e giuridicamente errato sarebbe pensare che quest'opera integratrice ed ermeneutica debba essere riservata “in via esclusiva” al giudice di Lussemburgo o comunque alle Corti costituzionali dei paesi dell'Unione, perdendosi altrimenti di vista l'assoluta rilevanza riconosciuta al giudice nazionale dall'intero sistema UE e, soprattutto, dalla stessa Corte di Giustizia.

Può, infatti, senza tema di smentita ritenersi che i primi tutori dei diritti sono i giudici nazionali sui quali grava il compito di garantire il rispetto dei diritti applicando le leggi nazionali ma, avendo sempre presente sullo sfondo l'esistenza della CEDU.

7. La convergenza dei parametri Carta UE e CEDU e il tema degli obblighi positivi degli Stati membri rispetto ai rapporti interprivati. A) la CEDU e rapporti fra privati: quale rilevanza?

Quello dell'efficacia dei rapporti c.d. orizzontali (fra privati) dei diritti fondamentali è un tema che “irradia” i sistemi continentali europei³⁹ da una certa epoca, a cominciare dall'esperienza tedesca–cd. *Drittwirkung*– nella quale ha avuto particolare attenzione, sviluppando tematiche (efficacia diretta attraverso clausole generali o efficacia diretta senza mediazione di clausole generali)⁴⁰.

³⁸ Cfr., da ultimo, A. RUGGERI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di O. Pollicino e V. Piccone, Napoli, 2019, 317 ss.

³⁹ V. P. FEMIA, *Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione delle sfere private*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, a cura di Società italiana degli studiosi del diritto civile, 2006, Napoli, 194.

⁴⁰ V., di recente, F. EPISCOPO, [L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali al vaglio della Corte Federale Tedesca. Brevi note a margine di alcune recenti sentenze del Bundesverfassungsgericht](#), in [Giustizia Insieme](#), 28 maggio 2020, sui casi *Stadium Ban* e *Hotel Ban* di recente esaminati dal Tribunale costituzionale tedesco.

Tale tematica si è sviluppata anche all'interno della CEDU sicché prima di valutare quale sia la rilevanza della Carta UE nei rapporti interprivati⁴¹ occorre preliminarmente chiedersi quale rilevanza abbia la CEDU nel medesimo ambito.

Si tratta, per molti versi, di un terreno ancora da esplorare⁴², rispetto al quale verrebbe agevole affermare che la CEDU ha come destinatario finale degli obblighi ivi assunti lo Stato, in tutte le sue multiformi articolazioni organiche. In effetti, ai sensi dell'art. 1 della CEDU, ciascuno Stato contraente "riconosce ad ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel ... [la] Convenzione".

Così espressa la risposta risulterebbe, tuttavia, incompleta e insoddisfacente, essendo il tema decisamente più complesso, vuoi sotto il profilo dello svolgimento di funzioni pubbliche da parte di soggetti privati che dovrebbero rimanere sotto l'ombrello convenzionale, vuoi sotto l'aspetto, assai più rilevante, dell'esistenza, a carico dello Stato, di vari "obblighi positivi" che lo Stato assume nei confronti di tutte le persone al fine di assicurare l'esercizio dei diritti garantiti dalla CEDU.

Utile può essere, allora, uno sguardo alla giurisprudenza del Corte di Strasburgo, pur senza dimenticare il suo carattere eminentemente casistico.

La Corte EDU ha infatti affermato – caso *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, § 31, caso *Young, James e Webster c. Regno Unito*, 13 agosto 1981, § 49 – che in aggiunta all'impegno soprattutto negativo dello Stato di astenersi dall'ingerenza nelle garanzie previste nella Convenzione, possono esservi *obblighi positivi* intrinseci a tali garanzie. La responsabilità dello Stato può allora essere impegnata in conseguenza dell'inosservanza del suo obbligo di adottare una legislazione interna idonea a preservare il diritto fondamentale che entra in gioco.

Quanto al primo aspetto, la giurisprudenza della Corte EDU ha affrontato il tema degli obblighi positivi dello Stato rispetto ai danni prodotti da soggetti, anche privati, che espletano servizi pubblici – colpa medica – Corte dir. uomo, 17 gennaio 2002) *Calvelli e Ciglio c. Italia* – servizi sanitari – Corte dir. uomo, Corte dir. uomo, 16 giugno 2005, *Stork c. Germania* – raccolta rifiuti – Corte dir. uomo, 10 febbraio 2012, *Di Sarno c. Italia* – sanzioni e istruzione scolastica – Corte dir. uomo, 25 marzo 1993, *Costello Roberts c. Regno Unito* –. In tali casi lo Stato risponde direttamente della violazione subita dal privato.

Sotto il secondo versante, il concetto di obbligo positivo si affianca, differenziandosene, a quello di "obbligo negativo". A fronte dell'esigenza di "non danneggiare" un diritto su base CEDU imposta allo Stato, l'obbligo positivo impone a quest'ultimo un comportamento proattivo, obbligandolo a rendere in concreto esercitabile il diritto di matrice convenzionale. Ed è proprio attraverso il concetto di obbligo positivo che si giunge all'affermazione dell'efficacia *indiretta od orizzontale* della CEDU nei rapporti fra privati⁴³.

Chiarificatrici in ordine alla crescente rilevanza dell'efficacia orizzontale della CEDU risultano le osservazioni espresse dal Giudice Wojtyczek nell'opinione concorrente resa nel caso *Bochan c. Ukraine* (n. 2), 5 febbraio 2015, deciso dalla Grande Camera della Corte EDU.

Tale prospettiva è chiarita in modo esplicito dalla Corte quando ha riconosciuto che essa non è, in teoria, tenuta a definire controversie di natura puramente privata, però immediatamente aggiungendo che *nell'esercizio del controllo europeo che le spetta, non può rimanere passiva laddove l'interpretazione da parte di un tribunale interno di un atto giuridico, sia esso una disposizione testamentaria, un contratto privato, un documento pubblico, una disposizione di legge o una prassi amministrativa, appaia illogica, arbitraria, discriminatoria o, più in generale, incompatibile con i principi sottostanti alla Convenzione* – Corte dir. uomo, *Pla e Puncernau c. Andorra*, 13 luglio 2004, § 59; conf. Corte dir. uomo, 16 dicembre 2008, *Shid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*, 33.

41 V. G. ALPA, *L'applicazione diretta dei diritti fondamentali ai rapporti fra privati*, in *I diritti dell'uomo*, 2016, XXVII, 3, 2016, 517.

42 V. P. RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 325 ss.

43 Sul punto v. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Torino, 2016, 114, 116.

Occorre, a questo punto, chiarire in quali termini la CEDU è destinata ad operare nell'ambito dei rapporti interpretati.

In generale, può dirsi che la protezione offerta ai diritti di matrice convenzionale non è piena tanto quanto quella che nasce dall'immediata applicazione dei diritti convenzionali direttamente azionabili nei confronti dello Stato, richiedendosi allo Stato un obbligo di garantire la protezione giurisdizionale dei diritti secondo la legislazione nazionale e purché questa sia scevra da profili di arbitrarietà o da irragionevolezza evidenti.

La diversità fra la protezione di un diritto fondamentale nei confronti dello Stato ed il medesimo diritto laddove entri in gioco all'interno di un rapporto fra privati si delinea, sia pur con specifico riferimento al diritto di proprietà, in Corte dir. uomo, 31 maggio 2016, *Vukušić c. Croatia*, ove la Corte sussume la vicenda in un ambito non esclusivamente privatistico, ritenendo che la protezione della quale gode in questi casi il privato è dunque più ampia, riguardando direttamente il contenuto del diritto di matrice convenzionale – qui l'art. 1 prot. n. 1 annesso alla CEDU.

Questo non riduce affatto, tuttavia, la rilevanza della CEDU nei rapporti interpretati, ma si sostanzia nella necessità di interpretare comunque la legislazione interna in modo conforme alla Convenzione. Quando il diritto interno, come interpretato giudizialmente, rende legittima una condotta contraria a CEDU, si realizza la violazione convenzionale, invece eliminabile informando la legislazione interna al rispetto dei canoni convenzionali, in primo luogo attraverso un'interpretazione convenzionalmente orientata. Il che, ovviamente, non elida le difficoltà correlate alla tipologia di sindacato richiesto al giudice nazionale quando è chiamato a riempire di contenuto un diritto fondamentale che vive dinamicamente nella giurisprudenza della Corte EDU e che, d'altra parte, lo chiama ad un sindacato non agevole in ordine al carattere imprevedibile e/o arbitrario di una legge interna, di matrice normativa o contrattuale.

La prospettiva qui segnalata è emersa proprio con riferimento alla protezione del diritto di proprietà – v. Corte dir. uomo, 10 gennaio 2012, *Vulakh e altri c. Russia* e, in modo ancora più chiaro, Corte dir. uomo, 12 marzo 2014, *Zagrebačka banka d.d. c. Croatia*, in tema di libertà di espressione (art. 10 CEDU) – v. Corte dir. uomo, 16 ottobre 2013, *Remuszkó c. Polonia* e di libertà di associazione (art. 11 CEDU) – v. Corte dir. uomo, 6 novembre 2012, *Redfearn c. Regno Unito*.

Particolarmente proficuo può ancora risultare il richiamo al caso dei soggetti sfrattati dal proprietario per avere mantenuto un impianto parabolico non consentito dal contratto di locazione.

Corte dir. uomo, 16 dicembre 2008, *Kurshid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia* ha ritenuto che la decisione adottata dal giudice nazionale infrangesse il diritto alla libertà di informazione (art. 10 CEDU), in relazione al fatto che i conduttori, di origine persiana, avevano utilizzato il sistema parabolico per ricevere programmi televisivi in arabo e in persiano dal loro Paese natale. La Corte, in definitiva, ha inteso verificare se le motivazioni fornite dalle autorità nazionali per giustificare l'ingerenza fossero "pertinenti e sufficienti" e se la misura presa fosse "proporzionata ai fini legittimi perseguiti". Si chiarisce, così, testualmente, che "la Corte deve convincersi del fatto che le autorità nazionali, basandosi su una valutazione accettabile dei fatti pertinenti, abbiano applicato regole conformi – corsivo aggiunto – ai principi racchiusi nell'art. 10 CEDU".

In questo, dunque, si sostanzia l'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata al quale è tenuto il giudice nazionale allorché la controversia, sia anche essa pendente tra privati, involge l'esame di diritti di matrice convenzionale.

Ancora, può ricordarsi Corte dir. uomo, Grande Camera, 7 febbraio 2013, *Fabris c. Francia* (ric. n. 16574/08), chiamata a verificare l'inadempimento (parziale) di uno Stato ad una pronuncia resa dal giudice di Strasburgo in un procedimento diverso da quello attivato dai ricorrenti – Corte dir. uomo, 1 febbraio 2000, *Mazurek c. Francia* (ric. n. 34406/97) – che aveva riconosciuto, in termini di violazione di sistema, una discriminazione in danno del figlio adulterino rispetto ai diritti successori riconosciuti al figlio legittimo, ha esaminato il regime transitorio introdotto dalla legge interna, alla cui stregua era stata sì eliminata detta discriminazione non estendendo temporalmente, tuttavia, gli effetti innovativi da essa previsti alla vicenda del ricorrente, originata in epoca precedente alla prima decisione di condanna resa dalla Corte di Strasburgo.

La decisione fa il paio con altre pronunzie nelle quali la Corte EDU, proprio nel campo delle discriminazioni, non ha avuto esitazione a riconoscere la piena applicazione della CEDU nei rapporti interprivati.

Il che si verifica, poi, in termini generali, rispetto al parametro del giusto processo – art. 6 CEDU – come chiarito, tra le altre, da Corte dir. uomo, 14 febbraio 2012, *Arras e altri c. Italia*, § 45.

Senza dire che è numericamente rilevante la giurisprudenza della Corte EDU sulle questioni che involgono relazioni familiari di vario genere che, all'evidenza, intercorrono fra privati e che non per questo riducono gli obblighi positivi dello Stato affinché i diritti dei diversi soggetti (che) risultino coinvolti vengano protetti dallo Stato in maniera concreta, effettiva ed efficace.

Prezioso è poi stato il contributo della dottrina più accorta (Navarretta⁴⁴) che è riuscita a tratteggiare con estrema chiarezza in cosa consista l'efficacia diretta della CEDU quando lo Stato e/o le sue articolazioni sono parti di un giudizio ed in cosa invece si risolva l'efficacia indiretta che concerne i rapporti c.d. orizzontali.

Nell'uno e nell'altro caso l'incidenza è enorme e poco fin qui considerata, non maneggiandosi – per scelta dogmatica o per altre forse intuibili ragioni – con la dovuta familiarità concetti quali quelli di obblighi positivi e negativi ricadendo sullo Stato per effetto della sua adesione alla CEDU. Ed infatti, a fronte dell'esigenza di “non danneggiare” un diritto su base CEDU imposta allo Stato, l'obbligo positivo impone a quest'ultimo un comportamento proattivo, obbligandolo a rendere in concreto esercitabile il diritto di matrice convenzionale. Questo obbligo si trasmette dunque a tutti gli organi statali e, quindi, anche alla giurisdizione.

Non vi è dunque rapporto interprivato, caratterizzato da qualsivoglia tipologia di interesse ad esso sotteso, personale o patrimoniale, che fuoriesca dal *cappello*⁴⁵ offerto dalla CEDU alla protezione dei diritti fondamentali, osserva la Navarretta anche per effetto del fare sistema della prima con la Costituzione.

Si ha qui agio di comprendere che il piano dell'interpretazione del diritto interno in modo coerente e conforme alla CEDU sembra prevale naturalmente sul tema delle relazioni fra le fonti, ancorché la lacuna eventualmente riscontrata sul piano giuridico interno possa essere sanata attraverso la mediazione della Costituzione (Navarretta, cit.).

Se, infatti, il sindacato sul contrasto fra norma interna e CEDU va riservato in via esclusiva alla Corte costituzionale – secondo le note rime fissate dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale rese nell'anno 2007 e dai successivi seguiti –, è sul piano ermeneutico che la CEDU, con la copertura costituzionale introdotta dall'art. 117 Cost., può inserirsi negli interstizi lasciati vuoti dal sistema⁴⁶.

In conclusione, rispetto al tema complessivo dell'efficacia orizzontale della CEDU nei rapporti interprivati, sono di grande rilievo le osservazioni conclusive espresse da Aurelio Gentili, nel suo saggio dedicato all'argomento⁴⁷.

7.1 B) *Quale efficacia della Carta UE nei rapporti interprivati?*

Fin qui la CEDU.

E la Carta di Nizza–Strasburgo rispetto ai rapporti interprivati?

⁴⁴ Cfr. E. NAVARRETTA, *Costituzione, europea e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.* 2014, id., [CEDU e cultura giuridica italiana, 5. La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e i civilisti](#), Intervista di R. G. CONTI a N. LIPARI ed E. NAVARRETTA, in [Giustizia Insieme](#), 9 gennaio 2020.

⁴⁵ Cfr. R. G. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, 290 ss.

⁴⁶ Sul ruolo della CEDU in caso di lacuna normativa, v., volendo, R. G. CONTI, [Legge Pinto - ma non solo - Corte di Cassazione e CEDU su alcune questioni ancora controverse](#), in [Questione Giustizia](#), 23 marzo 2015.

⁴⁷ Cfr. A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2016, 183 ss.

Guido Alpa in un suo saggio, dedicato alla rilevanza dei diritti fondamentali nei rapporti fra privati, occupandosi della Carta UE sottolinea come "...il significato pregnante del nuovo testo è racchiuso in modo icastico nel Preambolo in cui si evidenziano i valori comuni dei popoli d'Europa, valori qualificati come indivisibili e universali; essi sono la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà; questi valori rispettano la diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, sono radicati nel patrimonio spirituale e morale europeo, e sono considerati l'espressione più alta della nozione di persona, posta al centro dell'azione dell'Unione; una nozione qualificante della cittadinanza e dello spazio di libertà, sicurezza, giustizia che essa intende promuovere e garantire." E prosegue poi nel sottolineare un altro passo del Preambolo – «Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati in appresso»– non solo per escluderne ogni valenza meramente enfatica ma, al contrario, per sottolinearne il vero ed autentico senso, rappresentato dal fatto che i diritti fondamentali costituiscono "*principi che hanno valore giuridico, che fanno sorgere responsabilità e doveri nei confronti dello Stato o dell'Unione e nei confronti degli altri.*", infine ricordando l'applicazione fatta dalla Corte di giustizia di parametri della Carta all'interno dei rapporti interprivati. Il percorso per la piena applicazione della Carta UE in ambito privatistico è dunque pienamente tracciato, anche grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che se attentamente ricercata e studiata, offre contrafforti particolarmente edificanti⁴⁸.

E non vanno certo dimenticate le più recenti prese di posizioni della Corte di giustizia in ambito lavoristico⁴⁹ o in materia di diritto all'oblio⁵⁰.

Vicenda, quest'ultima nella quale, il riconoscimento di un rimedio agli utenti al fine di potere ottenere dopo un indefinito periodo di tempo la rimozione delle informazioni riguardanti fatti o notizie attinenti all'interessato altro non è che il riconoscimento dell'immediata efficacia degli artt. 7 e 8 della Carta UE⁵¹, mostrando una tendenza del giudice UE a volere "assoggettare anche i soggetti privati al rispetto delle prerogative costituzionali previste dalla Carta" (Pollicino, cit.), pur senza professare in via di principio tale "svolta" nella sua giurisprudenza

Il discorso si fa, indubbiamente complesso perché tocca istituti di carattere generale all'interno del diritto dell'Unione europea, primo fra tutto quello dell'efficacia orizzontale del diritto UE nei rapporti interprivati.

Ma preme rilevare che l'osmosi esistente fra le due Carte della quale si è già parlato tende a rendere omogenee le modalità di approccio, di guisa che anche per le disposizioni della Carta UE riproduttive, in tutto o in parte, di disposizioni CEDU, la regola di ingaggio rappresentata dagli artt. 52 par.3 e 53 imporrà all'interprete di considerare la portata e l'efficacia della disposizione convenzionale senza che la protezione da offrire all'interno della controversia regolata dalla Carta UE possa essere inferiore a quella convenzionale.

I vasi comunicanti, dunque, continuano ad irrorarsi vicendevolmente, tanto che i risultati raggiunti per l'una carta finiscono con l'irradiarsi continuamente e vicendevolmente.

⁴⁸ V. Corte giust., 11 settembre 2018, C-68/17, *IR. V.*, anche, Corte giust. 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*. Su entrambe le decisioni, v., A.C. CIACCHI, *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights. ECJ 17 April 2018, Case C-414/16, Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. and ECJ 11 September 2018, Case C-68/17, IR v JQ*, in [European Constitutional Law Review](#), 15, Issue 2 June 2019, 294 ss-

⁴⁹ Corte giust., 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck* [GC]; sentenza del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer e Wilmeroth* [GC].

⁵⁰ Corte giust., 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland, Seitlinger and Others*; Corte giust., 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, commentate O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in [RomaTrepres](#), 23.

⁵¹ Così O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, a cura di O. Pollicino e V. Piccone, Napoli, 2019, 299.

8. Conclusioni. Quale giudice nazionale per le Carte dei diritti?

La rassegna di spunti fin qui offerti impone un pensiero rivolto a chi è chiamato a maneggiare le Carte dei diritti sovranazionali (e la Costituzione, qui non esaminata) e, dunque, a tutti noi.

Si parla spesso di “cassetta degli attrezzi” per sottolineare la prospettiva, assolutamente condivisibile, che impone al giudice ed all’avvocato di sapersi destreggiare nell’uso di tali attrezzi, nella scelta oculata e attenta degli stessi, nell’attenzione e cura che occorre usare per maneggiarli al momento giusto. Il corso al quale ho avuto il privilegio di partecipare persegue commendevolmente questa prospettiva in una chiave di diffusività, efficacia nella quale chi scrive si ritrova e spera di avere offerto qualche granellino di sabbia in un ambito davvero sconfinato.

Tale prospettiva, peraltro, si arricchisce ulteriormente se si guarda con una lente particolare proprio a questi *attrezzi*, a ciò che essi rappresentano per la giustizia, gli operatori del diritto, gli avvocati ed i giudici.

A ben considerare, le Carte dei diritti sono cosa ben diversa da ciò che rappresenta un bisturi per il chirurgo, anche se definirne gli elementi distintivi non è affatto semplice. Si proverà quia rappresentare meglio il senso di questa affermazione.

Le Carte sovranazionali di cui si è detto non sono strumenti inanimati, privi di vita, inespressivi se guardati al di fuori del processo, a me invece apparendo ciascuna un vero e proprio caleidoscopio, in cui i diritti che esse contemplano, proprio per il gioco di specchi posti al loro interno, determinano riflessioni ed immagini multiple, destinate a mutare in modo imprevedibile e variabilissimo a ogni movimento, proprio in relazione a ciò che determina quel movimento, appunto rappresentato dal caso e da chi maneggia quelle medesime Carte.

Insomma, le Carte hanno un corpo animato che sta a chi le maneggia delineare, fare emergere, perlustrare, scrutare, completare, arricchire in relazione a ciò che le Carte stesse proiettano rispetto ai diritti della medesima matrice.

A me pare di poter dire che si tratta di attrezzi che hanno anche un’anima, una potenza ed una capacità pervasiva enormi che, tuttavia, li fa essere utili solo attraverso l’opera quotidiana di chi appunto li maneggia.

La cooperazione fra le Carte (i *bisturi*...) e i loro chirurghi, dunque, costituisce il punto di inizio e la fine del percorso circolare al quale è chiamato il decisore con l’attiva cooperazione di tutte le parti del processo.

Inutile dire dei guasti che si possono produrre maneggiandole male, ma non altrettanto inutile è il soffermarsi sulle straordinarie capacità curative possedute da tali Carte.

La consapevolezza di queste potenzialità chiama l’operatore giudiziario a responsabilità enormi, proprio per la capacità di tali *attrezzi* di scompaginare l’assetto non solo delle fonti, ma dei diritti delle persone coinvolte, attivando processi decisionali e “pre-decisionali” che mostrano un mondo del diritto in continuo movimento, nel quale il dinamismo delle soluzioni singole cerca di stare al passo con la specificità del caso, l’evoluzione dei diritti viventi, l’attivazione di meccanismi di “dialogo” fra i giudici.

Meccanismi sui quali molti ancora oggi ironizzano senza forse ben ponderare la sottesa idea *cooperativa* che alimenta le richieste di “aiuto” provenienti dalle istanze nazionali e rivolte a quelle sovranazionali, se solo si pensa al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ed alla sua ultima gemmazione, rappresentata dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, sulla cui strada sembra essere caduto, incredibilmente, la clava da parte del Parlamento⁵².

Ma quel che più preme sottolineare è la circostanza che le due Carte di cui qui si è parlato non vivono tanto e soltanto innanzi alle giurisdizioni sovranazionali, ma devono necessariamente comparire prima e soprattutto innanzi alle Corti nazionali, alle quali spetta il compito non solo arduo,

⁵² V. l’editoriale apparso su [Giustizia Insieme](#) in data 12 ottobre 2020, *L’estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla CEDU*, al quale è seguito l’intervento di A. RUGGERI, [Protocollo 16: funere mersit acerbo?](#), *ibidem*, 22 ottobre 2020.

ma pericoloso e rischioso di fare emergere appunto l'anima di quegli strumenti, soprattutto ed in via prioritaria attraverso il canone dell'interpretazione conforme alle Carte stesse.

Tutte le difficoltà che si è cercato di evidenziare quanto ai rapporti fra le due Carte dei diritti, ai confini, alle modalità di attuazione delle stesse, alla individuazione della natura della protezione offerta da ogni singola disposizione non possono dunque che trovare il loro abituale e naturale luogo nelle aule di giustizia nazionali e nella sentenza del giudice.

Ciò lo si dice per fugare l'idea che i problemi qui affrontati attengano alla sfera decisionale delle Corti sovranazionali e siano "altri" rispetto a quelli del giudice domestico.

Il peso che tali problemi pone va al contrario pienamente "condiviso" da parte dei giudici nazionali che si muovono, non a caso, come primi attuatori delle Carte dei diritti.

Il che non significa, sia chiaro, soltanto usare le Carte, ma vuol dire usarle bene.

Per questo qualche anno fa, scrutinando la giurisprudenza della Cassazione sull'uso fatto della Carta UE, ebbi ad esprimere la personale insoddisfazione circa un uso poco accorto di tale strumento spesso operato dal giudice di legittimità, evidenziando che il richiamo meramente testuale ad una disposizione della Carta non appare particolarmente persuasivo se lo stesso non si affianca al significato che quella disposizione assume presso il giudice UE o almeno per le altre carte dei diritti alle quale il parametro della Carta si riferisce come spesso accade e come ci ricordano le Spiegazioni. Ciò che richiede indiscutibilmente l'esame del diritto vivente eventualmente espresso dalle Corti sovranazionali che hanno fatto applicazione di quel dato diritto⁵³.

Certo, la complessità e liquidità delle soluzioni che provengono dalle Corti sovranazionali – e che si avverte talvolta anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁴ impone che il ragionamento si sposti sul tema dei rapporti fra le giurisdizioni nazionali e sovranazionali e sul ruolo delle Corti di ultima istanza, depositarie ciascuna della funzione nomofilattica⁵⁵. Nomofilachia che, per dirla con le efficaci parole usata dal Primo Presidente Gianni Canzio, tende a divenire sempre di più orizzontale, discorsiva, dialogica con gli stessi giudici di merito e circolare⁵⁶. Ed ancora una volta la prospettiva gerarchica che vede le prime (quelle nazionali) "dipendenti" dalle seconde (quelle sovranazionali) non risulta compiutamente appagante, ancorché possa sembrare altamente persuasiva.

Il discorso si allungherebbe troppo e rischia di andare oltre la prospettiva dell'intervento richiestomi e può forse concludersi, almeno nella prospettiva che a me è più congeniale e che vi offro senza pretesa alcuna di verità ma con umiltà, secondo la quale l'esercizio della giurisdizione risulta oggi da una composita e complessa trama di elementi che trovano all'interno del giudizio un numero consistente di attrezzi e di decisori che si riannodano tutti davanti all'unico giudice nazionale della controversia.

Sarà lui a dovere tessere la rete, abbandonando i tratti di supremazia che non gli competono ed invece sforzandosi di essere al servizio di un'attività di *invenzione* del diritto, nel senso preciso che Paolo Grossi ci ha consegnato da Presidente e giudice costituzionale e, poi, da Presidente di questa

⁵³ R. G. CONTI, [L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione](#), in questa [Rivista](#), 2016/1, 79.

⁵⁴ Esempio, sul punto, può essere la vicenda relativa ai danni patiti da vittime di reati intenzionali violenti che ha visto la Corte di Giustizia, proprio di recente, affermare un indirizzo interpretativo diverso da quello che aveva precedentemente espresso in altre pronunzie rese in ambito di rinvio pregiudiziale (cfr. Corte giust., 16 luglio 2020, causa C-129/19, *Presidenza del Consiglio dei Ministri*). Per alcuni ragguagli sull'intera vicenda v., senza pretesa di esaustività, volendo, R. G. CONTI, [Il contenzioso sul risarcimento dello Stato alle vittime di reato: Cass. n. 2964/2019 alla ricerca dell'eguaglianza europea](#), in [Diritti comparati](#), 22 febbraio 2019.

⁵⁵ La prospettiva di cui si è fatto cenno nel testo è stata efficacemente esaminata da F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, gennaio-giugno 2020, 48-68, evidenziando il recupero di certezza del diritto connesso ad un esercizio della funzione nomofilattica dei giudici di ultima istanza accorto e capace di recuperare il canone dell'eguaglianza a volte messo in crisi da decisioni divaricate pur se omologhe.

⁵⁶ V. G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2/2017. Sul tema v., altresì, R. RORDORF, *A cosa serve la Corte di cassazione*, in *Magistratura giustizia società*, Bari, 2020, 329; E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.* 2020, 991.

scuola⁵⁷. Un piano che, dunque, predilige il ricorso all'interpretazione delle fonti e che dall'interpretazione trae linfa per realizzare il miglior prodotto possibile dell'attività giudiziaria. Basti sul punto pensare ai canoni dell'interpretazione storica, comparatistica e teleologica conosciuti dalla Corte di giustizia per verificare quanto complessa risulti l'attività giudiziaria nostrana, oggi. Con un livello di difficoltà sicuramente accresciuto per il giudice, chiamato a rivedere tecniche decisorie sedimentate in ragione dell'emersione di nuove prospettive⁵⁸.

Il rischio è che tutto questo porti ad essere accusati di essere fautori di idee e condotte eversive, come pure è capitato a chi scrive o, ancora, di incontrare sul proprio percorso professionale strali di vario genere, fra i quali quelli di sovvertire il sistema della Costituzione, di fomentare il diritto libero, di dare spazio ad operazioni creative del diritto.

Ma il modo migliore per resistere a tali accuse non è controbattere, ma operare al servizio delle persone con competenza, professionalità e responsabilità. In questo percorso, inutile dirlo, il ruolo dell'avvocato è insostituibile. Ed è sufficiente ricordare le parole di Piero Calamandrei quanto all'essenza degli avvocati, destinati ad essere al contempo critici delle sentenze ma anche “ i più attendibili testimoni della difficoltà della fatica dei giudici”⁵⁹. per avere consapevolezza che proprio i difensori sono i primi a dovere incanalare la lite in modo da coinvolgere nel modo migliore possibile tutti gli attrezzi disponibili, anch'essi orientandoli verso i valori della persona, fra i quali spicca, oggi più che mai, quello della solidarietà, già opportunamente scolpito nel Preambolo alla Carta UE dei diritti fondamentali.

⁵⁷ V. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017; ID., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 869; ID., *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, 2015; ID., *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2020, 1; ID., *Prefazione*, in “*Il mestiere del giudice*”, cit..

⁵⁸ Cfr. G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, n. 2, 51.

⁵⁹ P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Riedizione a cura della Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione “Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei”, in [RomaTrE-Press](#), 602.

Rossana Caridà

Notazioni minime su *amici curiae* ed esperti nel processo costituzionale*

ABSTRACT: *The paper examines the provisions about the amicus curiae and intervention of experts in the judgment of the Constitutional Court, recently introduced in the Supplementary Rules for Judgments before the Constitutional Court. The issue is addressed in relation to the investigative powers of the Court, highlighting that the Court's judgment is increasingly conditioned by the knowledge of economic, scientific and social facts for the acquisition of which the contribution of external subjects may be useful.*

SOMMARIO: 1. Le recenti modifiche delle Norme integrative: la partecipazione degli *Amici curiae*. - 2. *Segue*: l'audizione degli *Esperti*. - 3. Considerazioni d'insieme.

1. Le recenti modifiche delle Norme integrative: la partecipazione degli Amici curiae.

1. Può dirsi ormai prassi che la Corte costituzionale, quando ritiene che sia giunto il momento di **introdurre un istituto nuovo per migliorare il suo funzionamento e la sua efficienza, organizzi un convegno sul tema allo scopo di dar vita ad un proficuo confronto di idee.

Ciò è esemplarmente avvenuto quando, in occasione di un convegno di studiosi del diritto costituzionale, si è discusso dell'opportunità di introdurre l'istituto della *dissenting opinion*: un incontro di studio¹ che, tra l'altro, era stato preceduto da prese di posizione di alcuni costituzionalisti², i quali avevano sottolineato come si trattasse di un istituto che avrebbe assicurato una maggiore trasparenza dei procedimenti decisionali della Corte, consentendo, altresì, un più lineare sviluppo delle evoluzioni giurisprudenziali, anche nel caso di mutamenti di indirizzo. In quel caso, tuttavia, nulla è avvenuto, dato che la Corte ha continuato a operare con un problematico senso di collegialità, in cui necessariamente si facevano e si fanno entrare in motivazione tutte le opinioni, spesso le più diverse³.

Un'analogica vicenda ha preceduto l'introduzione, questa volta andata a buon fine, della figura dell'*amicus curiae* e dell'intervento di terzi, esterni, in veste di esperti⁴. Difficile dubitare

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ AA. VV., *L'opinione dissenziente. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, a cura di A. Anzon, Milano, 1995.

² G. AMATO, *Osservazioni sulla "dissenting opinion"*, in C. Mortati (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964, 21 ss.; ID, *Considerazioni sul tema dell'introduzione del "dissent" nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in AA. VV., *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 165 ss.; A. ANZON, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in *Pol. del dir.*, 1992, 332.

³ L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995, 91. Sul *dissent* nella giustizia costituzionale, A. RUGGERI, *Per la introduzione del dissent nei giudizi di costituzionalità: problemi di tecnica della normazione*, in *Pol del dir.*, 1994, 299 ss.; S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998; S. CASSESE, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 2009, 973; M. VILLONE, *Corte costituzionale, dissenting opinion, giudizio dei pari*, in Costituzionalismo.it, n. 1/2011.

⁴ AA. VV., *Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali*, Atti del seminario di studi, Roma, Palazzo della Consulta, 11 dicembre 2018, Milano, 2020. Si vedano ora i contributi pubblicati in *Giur. cost.*, 1/2020 e, in particolare, A. DEMMIG ANZON, *Dibattito sulle modifiche alle norme integrative: le "aperture" della Corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile*, 481 ss.; A. CERRI, *Note minime sulla recente riforma delle norme integrative*, 484 ss.; P. COSTANZO, *Verso una riconfigurazione del processo costituzionale?*, 486 ss.; F. DAL CANTO, *La stagione di apertura non riguarda il giudizio in via principale*, 489 ss.; A. D'ATENA, *L'introduzione degli "amici curiae": tra esigenze di radicamento, apertura del giudizio e strategie di comunicazione istituzionale*, 491 ss.; S. DI PALMA, *Esperti: un istituto (ancora) misterioso*, 496 ss.; M. ESPOSITO, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'amicus curiae*, 501 s.; A. LUCARELLI, *Norme integrative di apertura alla società civile: contaminazione del processo costituzionale?*, 503 s.; M. MANETTI, *I "falsi amici" del giudice costituzionale*, 505 ss.; V. ONIDA, *La Corte si apre alle "voci" della società*, 509 ss.; O.

dell'opportunità di simili soluzioni, dato che le decisioni della Corte vertono spesso, oltretutto su temi giuridici, anche su questioni tecniche, come quelle economico-finanziarie o scientifiche, essendo non infrequentemente mutato nel tempo il corrispondente quadro di riferimento⁵, anche se una fondamentale ispirazione appare tratta da un'attenta comparazione con gli altri sistemi di giustizia costituzionale⁶.

Con la delibera dell'8 gennaio 2020, [Modificazioni alle "Norme integrative per i processi davanti alla Corte costituzionale"](#)⁷ sono stati introdotti, dunque, elementi di novità che potrebbero sortire rilevanti effetti nel processo costituzionale⁸.

Nella Relazione annuale su [L'attività della Corte costituzionale nel 2019](#), la Presidente Cartabia ha, del resto, tenuto a sottolineare come l'anno considerato fosse già stato quello «della grande apertura della Corte costituzionale alla società civile e alla dimensione internazionale. "Apertura" è stata la parola d'ordine a palazzo della Consulta. La Corte ha aperto le sue porte, oltre che per permettere al pubblico e ai giornalisti di assistere alle udienze pubbliche, anche per consentire la visita del Palazzo da parte dei cittadini. Ha posto molte energie per sviluppare una comunicazione capace di raggiungere non solo gli operatori del diritto e gli specialisti, ma anche il pubblico generale. Ha moltiplicato i comunicati stampa⁹. Ha rinnovato il sito internet. Si è resa presente sui social». Sempre

RAZZOLINI, *Amicus curiae e partecipazione delle organizzazioni sindacali al processo costituzionale*, 514 ss.; R. ROMBOLI, *I contenuti "non rivoluzionari" della riforma delle norme integrative*, 517 ss.

⁵ P. RIDOLA, *La Corte di apre all'ascolto della società civile*, in [Federalismi.it](#), n. 2/2020, VI, argomenta come, nello stato costituzionale di democrazia pluralista, occorra «dotare le corti costituzionali di strumenti di protezione della loro indipendenza non solo nei confronti dei poteri dello stato, ma anche dall'aggressività del tessuto pluralistico, e spesso dal trambusto della società civile» e che le Corti costituzionali «devono dotarsi di uno strumento sempre più elaborato per rispondere alle domande di complessità che provengono dalla società civile, e l'interpretazione costituzionale non può restare avulsa da uno spettro ampio di informazione e di conoscenza sulle questioni che dividono il tessuto pluralistico»; e tuttavia «una Corte costituzionale non è un'agorà, non è un foro delle opinioni, perché è chiamata a rielaborare le domande prodotte continuamente dalla complessità, ed il "giudizio" è lo strumento peculiare per approdare attraverso un iter argomentativo e persuasivo, agli equilibri ed ai contemperamenti che sostanziano la funzione di unificazione politica delle costituzioni del pluralismo».

⁶ T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Interventi di terzi e "amici curiae" cit.*, 13, indica, tra i punti di riflessione sulla eventuale apertura del giudizio costituzionale *oltre le parti*, «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 case*; 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*».

⁷ B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2019, 107 ss., ID., *Dalla amicus friendship alla amicus advocacy: l'amicus curiae fra i diritti delle minoranze e la ongizzazione della società*, in *Interventi di terzi e "amici curiae" cit.*, 157 ss.; M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*; G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*; C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, tutti in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2020.

⁸ Sulle norme integrative, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988; G. Famiglietti, E. Malfatti, P.P. Sabatelli (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, 2002. Sulla modifica delle norme integrative (2008) P. PASSAGLIA, «Presidenzialismo» e «collegialità» nel procedimento decisorio della Corte costituzionale, in [Associazione italiana dei Costituzionalisti](#) 10 luglio 2009, 3 (ora in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, Giappichelli, Torino, 2011, 2401 s.); E. LAMARQUE, *Le nuove Norme integrative per i giudici davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 2009; A. RAUTI, *Le nuove 'norme integrative' della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2010; N. SAITTA, *I procedimenti in camera di consiglio nel nuovo regolamento di procedura davanti alla Corte costituzionale (Prime impressioni a caldo)*, in *Giust. amm.*, 1/2009; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, relazione introduttiva al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Milano 9 e 10 giugno 2017, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 30 giugno 2017.

⁹ Sul ricorso all'utilizzo dello strumento del comunicato stampa, D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, 281 ss.; ID., *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*,

nella direzione di «favorire una più ampia partecipazione al processo costituzionale», nella relazione viene richiamato l'istituto degli *amici curiae* e la possibilità di ascoltare esperti di altre discipline. In particolare, vi si legge, è stato previsto che «qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale possano presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio, derivanti dalla loro esperienza “sul campo”, soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme»; parimenti, vi viene richiamata la possibilità che la Corte convochi «esperti di chiara fama di altre discipline per ricevere apporti su problemi specifici che vengano in rilievo nella trattazione delle questioni portate al suo esame».

Più particolarmente, le novità in questione hanno preso posto nelle *Norme integrative* agli artt. 4-ter (*Amici curiae*) e 14-bis (*Esperti*)¹⁰.

La possibilità di presentare opinioni scritte, entro determinati limiti di spazio, è riconosciuta alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi¹¹.

In merito alle espressioni «formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi», utili spunti sono offerti dalla normativa sul Terzo settore, nell'ambito della quale si rinviene, infatti, un'ampia varietà di figure collettive, quali associazioni di promozione sociale, di volontariato, dei consumatori, ma anche sindacati e partiti politici¹². In

in *Dir. Soc.*, n. 2/2018, 255 ss.; ID., *Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web. Spunti introduttivi*, in D. Chinni, a cura di, *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019; G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e “le voci di dentro” tra tradizione e innovazione*, in *Dir. Soc.*, n. 2/2018, 237 ss.; A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della corte costituzionale? sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2019, 251 ss.; P. PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca*, in C.A. D'Alessandro, C. Marchese (a cura di), *Ius Dicere in a Globalized World*, vol. 1, Roma, 2018, 183 ss.

¹⁰ F. DAL CANTO, *Il giudizio in via principale nella novella delle Norme integrative del gennaio 2020*, in questa *Rivista*, 2020/II, 324, evidenzia come la previsione contenuta nell'art. 4, comma 7, ai sensi della quale *nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio*, positivizzi «sulla scia di alcune modifiche già intervenute nel 2004, una giurisprudenza costituzionale che da anni ammette l'intervento di terzi portatori di un interesse “diretto”, “individualizzato” e “riconoscibile”, sul quale l'esito del giudizio di costituzionalità sia “destinato ad incidere”»; P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in questa *Rivista*, 2019/I, 120 ss.

¹¹ A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in questa *Rivista*, 23 marzo 2020, rileva «la difficoltà di tracciare un netta linea di confine tra interesse particolare ed interesse diffuso o collettivo - ben potendo, infatti, i due profili finire per coincidere - rende quindi difficile leggere nel criterio della rappresentanza di interessi diffusi o collettivi un filtro efficace attraverso cui la Corte potrà operare una concreta selezione delle opinioni»; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 151; R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale e amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1983, 482 ss.; B. CARAVITA, *La tutela giurisprudenziale degli interessi diffusi e collettivi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 35 ss.; A. GAMBARO, *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 779 ss. Sulla legittimazione ad agire e legittimazione ad intervenire a difesa di interessi esponenziali, M. CALAMO SPECCHIA, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale: l'intervento di terzo e l'amicus curiae in prospettiva comparata tra diritto amministrativo e diritto costituzionale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in questa *Rivista*, 55 ss.

Sulla innovatività di tale strumento, A. M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti Comparati*, 23 gennaio 2020, che sottolinea come la Corte avrà modo di trattare talune questioni in «piena conoscenza di fatti, informazioni tecnico-scientifiche e dati statistici presentati da esperti e enti che ben conoscono il contesto applicativo delle norme oggetto di giudizio e, quel che più conta, di farlo nel pieno rispetto della trasparenza e del contraddittorio, così che tali acquisizioni possano espressamente figurare nella motivazione»; A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020, 407 ss.

¹² Definiti dalla Corte costituzionale «organizzazioni proprie della società civile» e «strumenti di rappresentanza di interessi politicamente organizzati» (*ordinanze nn. 79/2006, 120/2009, 256/2016*). La normativa europea annovera nel settore delle istituzioni senza scopo di lucro, volte a fornire alle famiglie beni e servizi non destinabili alla vendita, le

proposito, peraltro, nel ricordare che l'art. 28 della l. n. 87/1953 esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento da parte della Corte, si paventa condivisibilmente «che i partiti precipitino la Corte nel fuoco della polemica politica immediata, trasformando il processo costituzionale nella passerella di chi dovrebbe competere su palcoscenici diversi e generando il rischio di far percepire la pronuncia definitiva del giudizio come un arbitraggio fra contrapposte posizioni politiche»¹³. Del pari, è stato segnalato il rischio di «conferire ad interessi particolari, organizzati, rappresentati dalle associazioni sindacali, un ruolo dominante in un giudizio di cui si discute della legittimità di una legge approvata da una maggioranza parlamentare»¹⁴.

Comunque sia, pur non essendo ovviamente possibile prevedere sin da ora gli effetti reali sul(a durata del) processo costituzionale¹⁵, la modifica delle norme integrative in parola non dovrebbe almeno comportare l'espansione del contraddittorio processuale¹⁶, sia per il termine breve per la presentazione dell'*opinione*, sia per il circoscritto numero di parole consentite¹⁷. Ma anche a queste limitative condizioni, possono trovare ingresso nel processo costituzionale opinioni utili (spetta preliminarmente al solo Presidente¹⁸, sentito il giudice relatore, decidere sulla loro ammissibilità) a richiamare l'attenzione su eventuali problematicità legislative o a contribuire in ogni caso alla soluzione delle questioni portate all'attenzione della Corte.

Le parti costituite, a cui il decreto presidenziale di ammissione dell'*opinione* è trasmesso almeno trenta giorni liberi prima dell'udienza o dell'adunanza in camera di consiglio¹⁹, possono interloquire ed eventualmente controbattere con gli strumenti processuali di cui dispongono. Una simile facoltà di contraddittorio sembra preclusa, invece, agli *amici curiae*, essendo espressamente previsto che essi «non assumono la qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza», non potendo nemmeno né costringere la Corte ad ammettere il loro contributo, né appellarsi avverso un eventuale diniego. Sicché l'efficacia dei nuovi istituti dipenderà in gran parte dalla sensibilità del Presidente, chiamato logicamente a evitare inutili e non pertinenti «appesantimenti» del processo costituzionale²⁰.

seguenti istituzioni: a) sindacati, organizzazioni professionali o di categoria, associazioni di consumatori, partiti politici, chiese o società religiose (comprese quelle finanziate ma non controllate dalle amministrazioni pubbliche), circoli sociali, culturali, ricreativi e sportivi (Cap. 2.130, sec. 2020, all'«a» al Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio n. 549/2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea).

¹³ M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2020, 413.

¹⁴ O. RAZZOLINI, *La partecipazione del sindacato a processo costituzionale (per i cinquant'anni dello Statuto dei lavoratori)*, in [Lavoro Diritti Europa](#), 2/2020, 11, ricorda che «l'interesse collettivo, smitizzato da quella spinta ideologica di cui è stato talvolta caricato dalla cultura giuslavoristica, non è altro se non un interesse particolare riferibile ad un gruppo organizzato di lavoratori o ad una parte di essi: un interesse che viene autonomamente selezionato e scelto dal sindacato, che ne è l'interprete e il portatore costituzionalmente qualificato (art. 39 Cost.), e posto al centro dell'azione sindacale e dell'autotutela collettiva».

¹⁵ Per una ricostruzione minuziosa ed utile, soprattutto sotto l'aspetto processuale, G. PARODI, *L'intervento dei terzi nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Analisi della giurisprudenza recente e profili di comparazione*, in *Interventi di terzi e "amici curiae"* cit., 49 ss.

¹⁶ A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2020, 434, ricorda come il giudizio costituzionale si sia «sempre rilevato permeabile a contributi utili all'approfondimento delle questioni oggetto del sindacato di costituzionalità: formalmente esclusi, essi entravano comunque a far parte del bagaglio di conoscenze dei giudici per il tramite delle ricerche preparatorie svolte dai relativi assistenti, dei dossier elaborati dal Servizio Studi della Corte, della tentata costituzione in giudizio di organizzazioni o associazioni (destinata a sicura inammissibilità, ma usata quale vettore per introdurre i propri argomenti in dibattimento)».

¹⁷ Che, se, in ipotesi, vi corrispondessero 25.500 battute, ben potrebbe immaginarsi il controllo della Cancelleria inteso ad escluderla.

¹⁸ R. CONTI, *La Corte si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2020, 90, sottolinea che il Presidente la esercita *inaudita altera parte*.

¹⁹ E pubblicato sul sito della Corte costituzionale.

²⁰ Secondo M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative* cit., 411, «con una sovraesposizione della sua figura che non è da salutare con favore nell'era della personalizzazione, che conosce repentine esaltazioni e non meno repentine damnationes delle figure individuali. E poi per la Corte nel suo complesso, non solo perché l'opinione pubblica

Venendo alle scelte di merito sottese a queste aperture, i commentatori si sono subito divisi, sottolineandosi, da qualche parte, «il “coraggio” dimostrato dal Giudice costituzionale, il quale, per primo sembra dare una risposta alle sempre più pressanti istanze di partecipazione che provengono dalla società civile, ormai capace di esprimere, attraverso le infinite potenzialità offerte dalla “rete”, opinioni ed indirizzi non più frammentati ed occasionali, ma in grado di influire continuativamente sulle scelte di vertice del nostro sistema»²¹; laddove «l'intervento di soggetti esterni non [avrebbe] unicamente una valenza argomentativo-collaborativa, ma anche partecipativo-rappresentativa»²². Ma, secondo un'altra impostazione, «il processo, fosse pure quello costituzionale, non [sarebbe] il luogo della partecipazione democratica ... [in quanto il processo servirebbe] ad allocare diritti, disporre su interessi legittimi, accertare responsabilità, far valere la legalità legale e la legalità costituzionale, ma non può essere utilizzato come canale di partecipazione democratica, perché, se così fosse, verrebbe meno la sua funzionalizzazione al soddisfacimento del diritto di difesa»²³; conseguendone che se l'apertura all'ascolto della società civile «rafforza l'immagine di un giudice costituzionale che ascolta»²⁴, occorre «che restino chiari, trasparenti, e soprattutto adeguatamente preservati, gli itinerari attraverso i quali esso si fa carico nello spazio pubblico della “sua” responsabilità di decidere»²⁴.

2. Segue: l'audizione degli Esperti.

Circa il secondo istituto introdotto, ossia l'*ascolto* degli esperti, se è vero che l'art. 13 della l. n. 87/1953 prevede già che la Corte possa disporre l'audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, il richiamo di atti o documenti²⁵, anche «le scarse disposizioni che fondano i

sarà portata a identificarla sempre più con il suo Presidente, nelle congiunture favorevoli e in quelle negative, ma anche perché è alla Corte, nella sua collegialità, che la decisione finale del caso deve essere imputata». Diversamente, G. COTTURRI, che vede nella «decisione della Corte di assumere un ruolo di responsabilità nel processo di maturazione di una democrazia allargata e partecipata» il segno di una nuova fase «in cui più che in passato la Costituzione è chiamata a guidare i processi collettivi, e il principio di sussidiarietà diventa il motore del cambiamento», «si riconosce quindi che culture ed opinioni di merito su singole questioni, nate da partecipazione attiva di persone comuni in quel campo di esperienze e portatrici di competenze formatesi in esse, sono da integrare nell'esercizio della giustizia costituzionale e devono così entrare stabilmente nel cammino di realizzazione della Costituzione stessa. In un certo senso si potrà dire che cittadini attivi anche attraverso la influenza/partecipazione a funzioni giurisdizionali confermano d'essere attore sempre più rilevante per una trasformazione della democrazia, passando da modalità astratte e separate di intenderla alla concretezza di un processo storico realizzativo del sistema di valori e principi condivisi», *Quando la Costituzione è in movimento*, in [Questione Giustizia](#), 28 gennaio 2020. Benché, qui si rileva, non è certo quella processuale massima la fase nella quale deve trovare adeguata collocazione la partecipazione e l'attivismo delle persone, singole o organizzate, posto che il principio costituzionale di sussidiarietà trova adeguata realizzazione anche attraverso le varie forme di rappresentanza.

²¹ M. C. CRISTINA GRISOLIA, *Le modifiche alle Norme integrative*, cit.

²² T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit., 39.

²³ M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative* cit., 410-411, che pur riferendosi alla oggettiva *caratura* “politica” del giudizio costituzionale ritiene che non possa essere utilizzato come “canale alternativo al procedimento decisionale politico-parlamentare” in un momento di “crisi della rappresentanza” (cfr. nota 44 sul richiamo a M. C. GRISOLIA, *Le modifiche alle Norme integrative*, cit.).

²⁴ P. RIDOLA, *La Corte di apre all'ascolto della società civile*, cit., IX, ritiene che «le aperture della giustizia costituzionale alle istanze provenienti dalla società richiedano di essere adeguatamente formalizzate in canali procedurali, potenziando un contraddittorio tanto più indispensabile quanto più articolate sono le linee di frattura offerte dalla complessità sociale»; A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in [Giustizia Insieme](#), 11, ritiene necessario che «l'atto conclusivo del giudizio si dimostri essere, al pari del procedimento che l'ha preceduto e determinato, “aperto” e trasparente, rendendo analitica e puntuale la testimonianza delle indicazioni venute da quanti hanno a vario titolo preso parte al giudizio».

²⁵ Inoltre, in base all'art. 12 delle norme integrative, la Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritiene opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione. In argomento, v. A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335 ss.; M. CHIAVARIO, *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, in *Scritti*

poteri istruttori del giudice costituzionale (in particolare gli artt. 12, 13 e 14 delle Norme integrative) sembrano lasciare alla Corte ampia discrezionalità nel delineare, di volta in volta, “termini e modi” per l’assunzione delle informazioni necessarie». Ma sarebbe «proprio la determinazione in concreto di tali termini e modi, in ogni singola questione, a porsi come problema»²⁶; tanto che la vaghezza delle vigenti regole nella materia dell’istruttoria, più che indurre il giudice costituzionale a farne uso, lo avrebbe indotto a *non* farvi ricorso, proprio per l’assenza di una loro chiara procedimentalizzazione²⁷.

In un simile quadro, allora, la novità dell’*ascolto* degli esperti, che già probabilmente avrebbe potuto trovare ingresso nel processo costituzionale²⁸, potrebbe costituire una qualificata modalità con cui acquisire elementi rilevanti per conoscere e per decidere²⁹. L’iniziativa in tal senso potrebbe riconoscersi anche un effetto di “messa in mora” del legislatore, sulla base di quanto già avvenuto con l’[ordinanza n. 207/2018](#) (cfr. poi la [sentenza n. 242/2019](#)): per cui «di fronte ad una questione complessa - per le implicazioni etiche o tecniche controverse o per i risvolti finanziariamente importanti o ancora per le delicate ricadute organizzative nella p.a. - la Corte potrebbe, attraverso il rinvio per l’ascolto degli esperti, sortire anche l’effetto di ammonire il legislatore relativamente all’accertamento di una situazione di illegittimità costituzionale, indicando implicitamente un termine ultimo per intervenire in *subiecta materia*. In estrema sintesi, potrebbe venire a formarsi, per effetto del ricorso a strumenti istruttori come quelli in discorso, la tendenza ad utilizzare ordinanze di differimento a data certa della dichiarazione di incostituzionalità»³⁰.

Se si guarda alle prime applicazioni dell’istituto, peraltro, si può notare come gli interventi finora ammessi abbiano interessato proprio associazioni professionali e di specialisti, che hanno fornito, in qualche caso, qualificati contributi (si vedano, in particolare, i decreti presidenziali di ammissibilità

Crisafulli, Padova, 1985, I, 232 ss.; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1045 ss.; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del “fatto” nelle decisioni della Corte*, in P. Costanzo (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 245 ss.; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in AA. VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D’Aloia, Torino, 2005, 1 ss.; Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l’accesso agli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, *ivi*, 168; F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, 2002, 145 ss.; M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in [Rivista AIC](#), 2010; G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), maggio 2017; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012; M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, Relazione al Convegno annuale di Milano, Università Statale, 9-10 giugno 2017, in *Rivista del Gruppo di Pisa*.

²⁶ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in AA. VV., *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, a cura di M. D’Amico, F. Biondi, Napoli, 2018, 16, ritiene necessaria «una scelta coraggiosa e di principio, nel senso dell’apertura del contraddittorio a forme di acquisizione di dati diversi da quelli forniti liberamente dalle parti, e ricercate d’ufficio».

²⁷ V.G.F. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche, Interventi di terzi e “amici curiae”* cit., 103, n. 10, che pone in luce come «lo sporadico ed esiguo ricorso alle ordinanze istruttorie non ha significato la totale assenza di forme istruttorie, quanto piuttosto il ricorso a istruttorie informali».

²⁸ Tra gli approfondimenti, di tipo istruttorio e non solo, G. LATTANZI, *Introduzione*, in *Interventi di terzi e “amici curiae”* cit., 2, ha posto l’utilità delle audizioni, come quelle delle Camere, da fare in udienza, immaginandole non come risposta ad un quesito tecnico ma come colloquio tra più esperti, anche con posizioni diverse, «per dare alla Corte modo di formarsi un convincimento attraverso conoscenze non raggiungibili solo attraverso letture».

²⁹ Più precisamente, il nuovo art. 14-bis (*Esperti*) dispone che «La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l’autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti.

Il cancelliere avverte le parti almeno dieci giorni prima di quello fissato per l’adunanza in camera di consiglio».

³⁰ A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti del processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa di prassi*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 2/2020, 18.

di interventi di *amici curiae* del 9 settembre, del 14 settembre, del 12 ottobre, del 28 ottobre 2020 e del 30 ottobre 2020).

Venendo ora ai profili procedimentali, la mancanza di specifiche indicazioni pone anche qui una serie di interrogativi.

Quanto agli *esperti di chiara fama*³¹ di cui si disponga l'ascolto, sembra logico pensare che non debbano, proprio in quanto soggetti tecnici, essere diretta "espressione" di alcuna delle parti.

Non sono, peraltro, al momento previsti criteri per selezionare tali esperti³²; né le parti possono interloquire sul punto³³. Inoltre, non è previsto che possano essere ascoltati esperti designati dalle stesse, sebbene non sia da escludere che, in ordine alle questioni, e a maggior ragione per quelle controverse per le quali potrebbe non sussistere univocità di vedute, potrebbe palesarsi plausibile un qualche contraddittorio tra posizioni diverse. Si aggiungano le «difficoltà ad individuare i soggetti qualificati a cui chiedere i dati necessari: poiché anche le conoscenze scientifiche e tecniche sono spesso controverse e sono esse stesse oggetto di divergenze di opinioni, nell'accingersi a chiedere informazioni la Corte fatica ad individuare soggetti neutri, disinteressati, non coinvolti nell'esito delle decisioni poste al suo esame»³⁴.

Appare apprezzabile, in quanto utile a valorizzare il ruolo di tali contributi, la previsione secondo cui l'ascolto deve avvenire in apposita adunanza in camera di consiglio, a cui possono assistere le parti costituite³⁵.

Così come altrettanto opportuna è la possibilità, riconosciuta alle parti, se autorizzate dal Presidente, di formulare domande³⁶. Suscita perplessità, invece, il fatto che non è indicato se le

³¹ La locuzione *chiara fama* è delineata nella normativa universitaria in materia di chiamata diretta nelle università (art. 23, comma 3, l. n. 240/2010). Qualche altra analogia potrebbe instaurarsi con la chiamata diretta in Cassazione per meriti insigni (art. 33, d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, conv., con modif., nella l. 22 gennaio 1934, n. 36). È evidente, tuttavia, come, nel nostro caso, l'individuazione sia totalmente rimessa alla discrezionalità del giudice costituzionale.

³² L'audizione di esperti, inserita all'interno del contraddittorio richiederà «la definizione di una prudente prassi applicativa, in particolare quanto ai criteri nella scelta degli esperti, al fine di garantire che si squaderni innanzi alla Corte ed alle parti del giudizio un quadro il più possibile ampio, contraddittorio e realmente inclusivo, delle controversie scientifiche sul tappeto, sullo sfondo delle quali si intravedono spesso, ad esempio sui temi eticamente sensibili, su quelli della bioetica o della finanza pubblica, conflitti identitari e religiosi, squilibri e disequaglianze, sacche di marginalità e di discriminazione»: P. RIDOLA, *La Corte di apre all'ascolto della società civile*, cit., VIII.

³³ A. SCHILLACI, *La "porta stretta": qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla "società civile"*, in *Diritti Comparati*, 31 gennaio 2020, 3, rileva che «alle parti non è data facoltà di interloquire con la Corte in merito alla scelta dei medesimi o, al limite, di proporre esse stesse la convocazione di esperti, fermo restando l'apprezzamento del collegio. Anche in questo caso, peraltro, una maggiore coerenza con il diritto processuale "comune" - il pensiero va, come ovvio, all'istituto della consulenza tecnica - avrebbe forse assicurato un maggiore equilibrio. Esistono materie nelle quali, infatti, l'estrema complessità tecnica si accompagna a una altrettanto estrema sensibilità sul piano etico, la quale può rinviare, non di rado, a contrapposte opzioni di principio suscettibili di incidere sull'approccio alle questioni oggetto di audizione. In mancanza, è inevitabile che l'apprezzamento della "chiara fama" degli esperti resti affidato alla responsabilità del collegio laddove invece una qualche forma di contraddittorio avrebbe forse potuto fornire elementi di maggiore garanzia».

³⁴ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2017, 11.

³⁵ Secondo A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 209, «Nel processo costituzionale, il coinvolgimento delle parti costituite nella formazione della prova scientifica dovrebbe essere anticipato fino a consentire di segnalare o integrare la lista di tecnici o scienziati, di società scientifiche, nazionali e internazionali, e di associazioni qualificate da audire o dei documenti da acquisire (...). Ne beneficerebbe, in un primo momento, la migliore selezione degli esperti che verrebbero ad essere chiamati in ausilio del giudice costituzionale nonché, in un secondo momento, la predisposizione delle domande da porre e il successivo confronto critico».

³⁶ La possibilità di valorizzare questa fase istruttoria, individuando i consulenti d'ufficio, ai quali rivolgere quesiti su questioni rilevanti ai fini della decisione, prevedendo, nel rispetto del principio del contraddittorio, che le parti propongano le loro consulenze (appunto, di parte): per V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale* cit., 123, «potrebbe contribuire a colmare quelle mancanze conoscitive che le questioni tecniche naturalmente pongono, e a ridurre le situazioni in cui la ricostruzione rimane nella determinazione del solo giudice relatore e dei suoi assistenti di studio»; secondo S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 393, «un'effettiva tutela del contraddittorio

domande da porre agli esperti, da parte della Corte, siano già formulate nell'invito o poste direttamente nella camera di consiglio³⁷ (così come la circostanza per cui non è neppure previsto se debba essere redatto apposito verbale)³⁸.

Le novità fin qui illustrate con riferimento ai giudizi in via incidentale sono applicabili anche ai giudizi promossi in via diretta, con la sola eccezione riguardante la possibilità di intervento dei titolari di un interesse qualificato.

Come è stato osservato, la Corte ritiene il processo in via principale un giudizio a *parti esclusive*, non ammettendo interventi di soggetti diversi da quello del ricorrente e da quello del resistente³⁹, non solo di natura privata, ma anche di natura istituzionale (altre regioni o enti locali, che potrebbero quindi fare ingresso nel giudizio in qualità di *amici curiae*)⁴⁰.

Per concludere sul punto, è stato fatto notare come le medesime novità potrebbero utilmente apprezzarsi anche sotto i profili dell'apertura e della trasparenza⁴¹.

L'apertura sarebbe diretta verso «nuove *informazioni* strumentali alla decisione» e «nuovi *interessi* riferibili a soggetti che rischiano altrimenti di rimanere inauditi»⁴² e potrebbe «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»⁴³; la trasparenza, a sua volta, sarebbe riferibile alle operazioni decisorie della Corte, essendo il materiale acquisito e, nel rispetto del contraddittorio, menzionato in sede di pronuncia⁴⁴.

richiederebbe invece che alle “parti” sia concesso di formulare domande o in alternativa ricorrere a dei consulenti tecnici, così da poter evidenziare *motu proprio* alcuni aspetti del fatto ritenuti essenziali ai fini della decisione, conseguentemente ampliando anche il panorama argomentativo a disposizione della Corte costituzionale».

³⁷ Nel primo caso di convocazione degli esperti, a seguito dell'entrata delle nuove Norme Integrative, si è letto nel Comunicato del 28 febbraio 2020, pubblicato sul sito istituzionale, che la Corte avesse disposto l'audizione di due esperti per le POER (posizioni organizzative di elevata responsabilità), al fine di “acquisire ulteriori e specifiche informazioni in relazione alle esigenze organizzative delle Agenzie fiscali, alle mansioni assegnate al personale e alle modalità di selezione dello stesso”. Per approfondire questi punti, la Consulta ha emesso un’“ordinanza di convocazione esperti”, depositata in cancelleria, e disposta l'audizione del professor Elio Borgonovi e del dottor Vieri Ceriani.

³⁸ Sul punto, occorrerà attendere il consolidamento di qualche prassi o preferibilmente qualche circolare presidenziale.

³⁹ Sull'orientamento fortemente restrittivo della Corte anche dopo la riforma, E. ROSSI, *L'intervento di terzi nel giudizio in via principale dopo la modifica delle Norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 406 ss. Nell'[ordinanza 25 febbraio 2020](#) (allegata alla [sentenza n. 56/2020](#)), la Corte costituzionale ha ribadito che «il giudizio di legittimità costituzionale in via principale si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l'intervento di soggetti che ne siano privi, fermi restando per costoro, ove ne ricorrano i presupposti, gli altri mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili».

⁴⁰ F. DAL CANTO, *Il giudizio in via principale* cit., 325, il quale ritiene, questa, una sorta di *soluzione “di ripiego”* «atteso che gli *amici curiae* non divengono parti del giudizio né risultano titolari di alcuna prerogativa ad eccezione della possibilità di presentare una breve memoria scritta» concludendo che, in futuro, i soggetti interessati a partecipare al giudizio in via principale potrebbero utilizzare «sia la vecchia soluzione del tentativo di intervento, per vedersi respinti ma di fatto ascoltati, sia la nuova via aperta dall'art. 4-ter, divenuta quella maestra ma non necessariamente la più conveniente» (328).

⁴¹ S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “amici curiae” e l'audizione di esperti di chiara fama*, in [Sistema Penale](#), 23 gennaio 2020.

⁴² S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”*, cit., 7.

⁴³ T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit., 39.

⁴⁴ S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”*, cit., 7-8, che pure rileva la questione della *maggiore legittimazione* della Consulta «agli occhi della collettività e degli “utenti” della Corte», quale tendenza verso cui sembra essere orientato il giudice costituzionale «e che potrà apprezzarsi, in particolare, nelle decisioni più delicate sul piano sociale, etico, politico, scientifico, tecnologico»; V. ONIDA, *Gli utenti della giustizia costituzionale in Italia*, G. FALCON, *La Corte costituzionale italiana ed i suoi utenti*, entrambi in *La giustizia costituzionale e i suoi utenti*, a cura di P. Pasquino, B. Randazzo, Milano, 2006, rispettivamente 172 ss. e 132 ss.; G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile* cit., 79, «la Corte ha dimostrato di essere sin troppo consapevole del ruolo che svolge nelle dinamiche della forma di governo e ha ritenuto di rafforzare la legittimazione delle proprie decisioni aprendosi all'ascolto della società civile (...). Lo ha fatto avvalendosi della propria autonomia costituzionale e, perciò, spingendo il proprio potere ben oltre la possibilità di definire le regole “interne” di funzionamento dell'organo, secondo una lettura tradizionale dell'autonomia riservata agli organi costituzionali, e avvicinandosi a una interpretazione del proprio potere regolamentare che pare essere ispirata all'autonomia regolamentare del Parlamento».

3. Considerazioni d'insieme.

Le recenti modifiche alle *Norme integrative* confermano, qualora ve ne fosse ancora bisogno, la rilevanza dei fatti nel giudizio costituzionale, dal momento che i giudici costituzionali sono chiamati a decidere anche su questioni tecnico-scientifiche e specialistiche, talvolta non di immediata comprensione ed intellegibilità, ma ugualmente necessarie ai fini della soluzione della questione sottoposta al loro vaglio⁴⁵.

Il diritto processuale costituzionale, pertanto, non può non essere al passo con i tempi e la Corte costituzionale ha, da sempre, ricoperto il suo ruolo di garante dell'ordinamento costituzionale adeguandosi ai nuovi contesti.

Lo ha fatto guardando alla Costituzione e al futuro, tenendo nella giusta considerazione le trasformazioni sociali, i conflitti, la limitatezza delle risorse finanziarie, i rapporti con i giudici comuni e con le altre giurisdizioni, valutando la conformità costituzionale delle leggi statali e regionali. L'opinione degli *amici curiae* e l'audizione degli esperti si collocano in questa tendenza evolutiva ed all'interno di quell'area di conoscibilità volta ad attenuare la *solitudine della Corte costituzionale*⁴⁶. È pensabile che il Giudice delle leggi prima di pronunciarsi intenda meglio valutare le conseguenze e le ricadute della sua pronuncia nell'ordinamento⁴⁷.

Se l'introduzione dell'opinione scritta e dell'ascolto degli esperti possono rivelarsi utili per la decisione costituzionale, il che potrebbe significare una sorta di 'soccorso istruttorio costituzionale' potenzialmente idoneo a sfociare in una prassi processuale più assidua, l'utilizzo di queste novità dovrebbe trovare il giusto ingresso nella decisione finale, rendendo, a monte, trasparente il processo di formazione del convincimento.

È plausibile che tutto questo si riverserà sul contenuto della motivazione, sicché, a ben vedere, potrebbero dirsi maturi i tempi anche per l'introduzione dell'opinione dissenziente. In questa direzione, oltre agli argomenti classici (la trasparenza del procedimento decisionale, la responsabilità del giudice⁴⁸ nell'ambito del collegio e singolarmente considerato), le divergenze di opinioni potrebbero promuovere non solo le dinamiche della giurisprudenza costituzionale⁴⁹

⁴⁵ AA. VV., *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, a cura di M. D'Amico, F. Biondi, Napoli, 2018; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, 521 ss.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.

⁴⁶ Per riprendere la locuzione di V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale* cit., 99 ss.

⁴⁷ E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*; R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti del giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, entrambi in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti* cit., rispettivamente in 401 ss. e 439 ss.

⁴⁸ L. PICCARDI, *Democrazia e diritto*, 1963, 513, favorevole all'introduzione del *dissent* motivando «dal carattere che ha la funzione giurisdizionale e dalla posizione che, per generale riconoscimento, si vuole assicurare al giudice. Se è vero che la funzione di giudicare deve essere esercitata dal magistrato di qualsiasi vincolo di dipendenza o gerarchia, se è vero (..) che il giudice risponde del suo operato soltanto di fronte alla propria coscienza, se è vero quindi che si tratta di un'attività eminentemente personale non si può pretendere che il giudice debba tacere la propria opinione di fronte alla formazione di una diversa volontà di maggioranza, in senso al collegio di cui egli fa parte (..). Da noi, ben si potrebbe cominciare con la Corte costituzionale».

⁴⁹ Secondo L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995, 90, l'introduzione della *dissenting opinion* sarebbe il correttivo per accrescere la pregevolezza delle motivazioni, pure rilevando come «i cambiamenti di orientamento giurisprudenziale sarebbero stati, nella storia della giustizia costituzionale italiana, meno traumatici, comunque più facilmente spiegabili, e quindi trasparenti, se fossero emerse, in quanto formalizzate come parte integrante della motivazione di precedenti sentenze (ma anche formalizzate, come si sostiene, in allegato alla decisione), le opinioni minoritarie che erano (verosimilmente) già disposte sul versante poi percorso dalla Corte, in seguito non ad un semplice ripensamento ma per maggiore aderenza al progressivo sviluppo delle istanze e del modo di essere della comunità "sottostante"». Per A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, 199 ss., «a seguito della pubblicazione delle opinioni dissenzienti la struttura della motivazione si arricchirebbe notevolmente, sia perché la Corte dovrebbe argomentare meglio le sentenze per superare le obiezioni

ma l'evoluzione della stessa anche in relazione all'evoluzione della società e, quindi, della legislazione⁵⁰.

Sullo sfondo si pone ovviamente l'antico e irrisolto tema della legittimazione della Corte costituzionale nell'ordinamento democratico⁵¹, che ovviamente non può coincidere con quella degli organi di produzione normativa, il cui potere trova giustificazione nei canali istituzionali della rappresentanza politica. Anche se dotata di una naturale «forza politica», come già sottolineato da un'autorevole dottrina⁵², il Giudice delle leggi rimane un organo di garanzia che impiega, pur in modo peculiare, le forme della giurisdizione. La partecipazione di soggetti nelle condizioni di fornire contributi utili a una più fedele ricostruzione del contesto entro cui deve collocarsi la decisione dell'organo di giustizia costituzionale non va intesa, dunque, come una modifica volta a «democratizzare» il sindacato di quest'ultimo ma come un'innovazione che può dare elementi preziosi a un giudizio su norme che, però, non può fare a meno di considerare anche i fatti.

espresse dai giudici a favore della tesi minoritaria, sia perché il discorso motivante non sarebbe più ricavabile dalla lettura della sola sentenza, ma dal confronto dialettico fra quest'ultima e la *contromotivazione* dissenziente. Il destinatario della sentenza costituzionale avrebbe così la disponibilità di strumenti migliori per scandagliare le ragioni della decisione costituzionale e della sua fondatezza. Avrebbe, per dirlo in altre parole, una motivazione molto più sofisticata e molto più leggibile, idonea non soltanto a conferire maggiore persuasività alle decisioni validamente fondate, ma anche a far diminuire quelle delle sentenze frutto di forzature o di distorte esegesi della Costituzione».

⁵⁰ Mi piace ricordare la giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America Ruth Bader Ginsburg, icona dei diritti civili nel suo Paese, anche per via dei suoi *dissent*. E proprio in una intervista di G. BIANCONI a M. Cartabia, *Quella volta che Ginsburg rimbeccò il preside di Harvard*, in *Corriere della sera* (online), 16 ottobre 2020, nel ricordare la collega, e la «sua capacità di cogliere la cultura dell'epoca e volgerla a suo vantaggio», e per i suoi noti dissensi rispetto alle decisioni della Corte Suprema, la Presidente della Corte costituzionale (dal 2011 al 13 settembre 2020), rispetto alla introduzione della *dissenting opinion*, non sarebbe contraria, purché «venga usata con responsabilità e cautela, solo in casi estremi».

⁵¹ Sulla legittimazione della Corte costituzionale cfr., per tutti, A. Ruggeri - A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI ed., Torino, 2019, spec. 12 ss. e, in prospettiva comparata, L. MEZZETTI - M. BELLETTI - E. D'ORLANDO - E. FERIOLI, *La Giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 168 ss.; D. BUTTURINI - M. NICOLINI (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, *Dialoghi "esemplari": le esperienze straniere*, Bologna, 2017.

⁵² T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, ora in ID., *Opere*, I, *Teoria generale*, Milano, 2000, 221.

Antonio Ruggeri

Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali) * **

ABSTRACT: *The paper highlights the parable of the law in the evolution from the liberal to the contemporary state, focusing on the reasons that led to the affirmation of systematic frameworks of formal-abstract inspiration. Therefore in order to optimally safeguard fundamental rights it is necessary to move from a system of sources to a system of norms, in the name of the fundamental canon of maximum protection of the rights themselves, and, consequently, from a formal perspective to axiological-substantial perspective in the observation of the most salient experiences of legislation. Finally, the need to reinvigorate the role of both the legislator and the judges is highlighted, questioning the solutions to the purpose that are profitably practicable.*

SOMMARIO: 1. Il proliferare di tipi e sottotipi di fonti e i riflessi che se ne hanno per i diritti fondamentali e i rapporti istituzionali. – 2. La parabola della legge (dal massimo fulgore raggiunto in età liberale al declino del tempo presente) e l'affermazione di schemi d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale- astratta, in ispecie nel modo d'intendere i canoni ordinatori della gerarchia e della competenza. – 3. La salvaguardia dei diritti costituzionali e il bisogno di trapassare dal *sistema delle fonti* ad un *sistema di norme* che si fa ed incessantemente rinnova secondo i casi ed alla luce delle mobili combinazioni dei valori dagli stessi evocati in campo: un mutamento di piano e di prospettiva della cui necessità parrebbe essere avvertita certa dottrina e giurisprudenza corrente in relazione a talune vicende della normazione, sia pure in un contesto teorico-ricostruttivo nel suo insieme pur sempre d'ispirazione formale- astratta. – 4. Il bisogno di un rinvigorismento del ruolo tanto del legislatore quanto dei giudici, tentando di porre rimedio ad alcune torsioni istituzionali di cui si ha diffuso riscontro nell'esperienza. – 5. Le soluzioni praticabili, a mezzo tanto di nuove *regolarità* quanto di nuove *regole*, costituzionali e non, al fine di ridare "qualità" alla produzione normativa come pure alla giurisdizione.

1. *Il proliferare di tipi e sottotipi di fonti e i riflessi che se ne hanno per i diritti fondamentali e i rapporti istituzionali*

Una triplice, preliminare avvertenza.

La prima concerne l'opzione qui fatta in ordine al terreno sul quale si tornerà a riflettere attorno ai termini che danno il titolo alle succinte notazioni che si faranno, che è quello della salvaguardia dei diritti fondamentali. La ragione che depone a favore di questa scelta è presto chiarita: evidente appare, infatti, essere la opportunità (e, direi, la necessità) di riguardare ad alcune delle più salienti vicende della normazione ed esperienze della pratica giuridica dalla prospettiva della teoria della Costituzione e degli elementi che la compongono, secondo la nota, ad oggi attualissima definizione offerta dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789.

La seconda attiene alla consecuzione non casuale che si dà tra i termini stessi, che tuttavia richiede alcune non secondarie precisazioni.

La crisi della legge, infatti, è figlia del disordine delle fonti, così come un certo modo di atteggiarsi del ruolo del giudice discende da quella e da questo. È però pur vero che la crisi della legge è, a un

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

** Il titolo dato allo scritto riproduce, nel suo primo frammento, quello di un Seminario organizzato da P. Logroscino e N. Pignatelli presso l'Università di Bari e svoltosi via web il 6 novembre 2020, alla cui data lo scritto stesso è aggiornato. L'ampiezza del campo materiale riguardato da questo studio avrebbe richiesto un apparato di note e di bibliografia assai corposo, qui tuttavia, per le peculiari finalità dello studio, costretto a restare circoscritto unicamente all'essenziale.

tempo (e circolarmente), anche causa del disordine in parola, concorre cioè per la sua parte ad aggravarlo ed a caricarlo di ulteriori significati e valenze, ma non è di certo né l'unica e, forse, neppure la prevalente delle cause che hanno reso – si può dire con un ossimoro – complessivamente asistemico il sistema suddetto, al punto di risultare assai problematico e, forse, oggettivamente forzoso il perdurante utilizzo del lemma in parola¹; e lo stesso, *mutatis mutandis*, si ha per ciò che attiene al rapporto tra la condizione della legge e il ruolo del giudice. La crescente sottolineatura ed espansione di quest'ultimo, infatti, concorre, per la sua parte, a rendere ancora più marcata e vistosa la condizione svilita in cui ormai da tempo versa la legge.

La terza avvertenza riguarda il taglio che si ritiene opportuno dare allo studio ora avviato, che è di riservare parte del ristretto spazio di cui ora si dispone alla ricerca delle cause delle disfunzioni sempre più vistose che si riscontrano al piano dei rapporti istituzionali (e, di riflesso, a quello degli atti), più ancora che soffermarsi nella descrizione dello stato di cose qual è, peraltro già fatto oggetto di ripetute ed approfondite analisi, ed altra parte alla considerazione dei possibili, seppur con ogni probabilità non risolutivi, rimedi da mettere in atto. Rimedi appunto parziali, dal momento che – come si tenterà di mostrare – si danno condizioni oggettive di contesto che non consentono un “ritorno allo statuto”, all'assetto cioè a grandi linee definito nella Carta costituzionale, pure a gran voce da molti invocato.

Muovo in questa analisi da un dato inconfutabile, costituito dal proliferare di tipi e sottotipi di fonti, nonché dalla loro produzione a ritmi incalzanti e dal reciproco accavallamento in uno stesso campo materiale, quale causa del disordine del sistema e, per ciò stesso, di pregiudizio per il valore della certezza del diritto che, poi, al piano e dalla prospettiva dei diritti fondamentali e delle loro aspettative di tutela, si converte in un *vulnus* per la certezza dei diritti e, dunque, per la effettività della loro salvaguardia. Ogni medaglia ha, però, il suo rovescio; e il proliferare di alcuni tipi di fonte (in ispecie, delle Carte dei diritti) ha offerto opportunità di tutela ai diritti stessi un tempo inimmaginabili; prima ancora, ha portato alla “invenzione” di nuovi diritti² e, allo stesso tempo, sollecitato il legislatore a prendere atto della loro esistenza e ad apprestare garanzie adeguate alle peculiari proprietà e aspettative di ciascuno di essi.

Si dà ad ogni buon conto – è ormai acquisito – un rapporto di mutua condizionalità tra legislazione e giurisdizione, in ciascuna delle loro forme espressive. Le indicazioni dei giudici – come si dirà meglio più avanti – hanno alimentato (e seguitano senza sosta ad alimentare) una produzione normativa volta a darvi specificazione-attuazione; la seconda, però, non si alimenta mai parassitariamente dalle prime, operando selezioni, correzioni, integrazioni di vario segno e intensità che a loro volta obbligano a non secondari mutamenti di verso e senso complessivo degli indirizzi giurisprudenziali.

2. La parabola della legge (dal massimo fulgore raggiunto in età liberale al declino del tempo presente) e l'affermazione di schemi d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta, in ispecie nel modo d'intendere i canoni ordinatori della gerarchia e della competenza

È legge antica quanto il mondo che dove v'è un vuoto di potere, lì v'è sempre un soggetto pronto ad occuparlo: come nella teoria dei vasi comunicanti, il liquido che fuoriesce da un contenitore è lo stesso che si riversa in un altro ad esso contiguo. Sta qui una delle ragioni della espansione del ruolo dei giudici a fronte della contrazione di quello del legislatore (dico così, dal momento che – come si mostrerà a momenti – altre cause concorrono con la prima alla produzione dell'effetto).

La crisi della legge si rende palese già ad un primo, estremamente succinto, raffronto tra la condizione in cui versava al tempo dell'ordinamento liberale e quella in cui è venuta a trovarsi, già a

¹ La questione è animatamente discussa da tempo: riferimenti in AA.VV., *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, a cura di M. Siclari, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; AA.VV., *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 1/2017, nonché nei contributi che sono nel fasc. 1/2019 di *Dir. cost.*, dedicato alle *Fonti del diritto*, a cura di R. Bin e O. Chessa.

² Chiarirò sul finire di questa riflessione le ragioni che mi inducono a riportare tra virgolette il termine “invenzione”.

partire dai primi decenni del secolo scorso, man mano che si facevano sempre più fitti ed incisivi gli interventi dello Stato in campo economico-sociale, e, dunque, specie a far data dalla fine della prima e, più ancora, della seconda grande guerra, con l'avvento delle nuove Carte costituzionali e l'impegno da esse fatto a carico del legislatore, in primo luogo, e dei pubblici poteri in genere allo scopo della realizzazione del grandioso programma di trasformazione sociale nelle Carte stesse descritto all'insegna dei fini-valori in esse stabiliti. Un impegno che è, poi, ulteriormente cresciuto con l'avvio dell'esperienza della integrazione sovranazionale, per un verso, e, per un altro verso, con l'intensificarsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, in misura particolarmente vistosa registratisi nel tempo a noi più vicino e via via sempre crescenti.

Durante la stagione liberale, la legge riusciva ad assicurare il governo sia del sistema delle fonti sia della società a motivo del fatto che, in linea con l'ideologia del tempo ispirata al principio del *laissez-faire*, era chiamata a porre discipline essenziali, circoscritte a pochi ambiti materiali e rapporti sociali, restando quindi devoluta all'autonomia dei singoli la realizzazione dei propri progetti di vita. Il sistema delle fonti – come si sa – risultava composto unicamente da pochi tipi, tant'è che ancora agli inizi degli anni Quaranta del secolo scorso si riteneva di poterne fare l'elenco, assai contenuto, nelle preleggi: un elenco, per vero, non esaustivo³, ma la verifica compiuta di quest'assunto richiederebbe un approfondimento a riguardo dei concetti di fonte e norma al quale, per evidenti ragioni, non può farsi luogo in questo studio⁴. E in un sistema comunque scarnificato la legge deteneva una indiscussa centralità di posto, attraendo a sé, come un sole immoto circondato da pianeti attorno allo stesso ruotanti, ogni fonte restante, comunque obbligata a porsi rispetto ad essa in funzione servente. Chiudeva il cerchio, per un verso, il carattere flessibile delle Carte costituzionali del tempo (tra le quali la nostra, seppure – com'è noto – messo in discussione con stringenti argomenti da un'autorevole dottrina⁵), e, per un altro e ancora più rilevante verso, il difetto nelle Carte stesse di un patrimonio di valori fondamentali, quale si sarebbe poi avuto solo con le Costituzioni del secondo dopoguerra, unitamente alla mancata diffusione di altri documenti normativi (le Carte internazionali dei diritti), essi pure “tipicamente costituzionali” – per riprendere una qualifica data da una discussa (e discutibile) pronuncia della nostra Corte, la [269 del 2017](#) – con ciò che ne consegue al piano dei rapporti che tra gli stessi si intrattengono.

In questo scenario, qui per grandi linee e con molta approssimazione rappresentato, è stata naturale l'affermazione nei Paesi di tradizioni di *civil law*, quale il nostro, di una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta. Ogni fonte, infatti, ha (e deve avere) – si diceva e si suole ancora oggi dire – un proprio posto, fisso ed immutabile, stabilito in regime di costituzione flessibile dalla legge e ad essa, quale fonte delle fonti, dunque gerarchicamente subordinato, un posto dunque invariante pur col variare dei contenuti posseduti dagli atti che si avvicindino nella disciplina anche di una stessa materia. Il principio della separazione delle competenze tra le fonti, quale esclusivo canone ordinatore del sistema, per vero, era stato – come si sa – con fini argomenti delineato da un'autorevole dottrina⁶ ma – come pure è assai noto – non ha trovato il modo per affermarsi, così come è rimasto recessivo pur dopo la sua ripresa, con originali svolgimenti, ad opera di un altro accreditato studioso all'inizio degli anni Settanta del secolo scorso⁷. Si è invece radicata, a seguito dell'avvento della rigidità della Costituzione, nella nostra cultura la più temperata descrizione della operatività del principio in parola, specie dopo la nota teorizzazione di V. Crisafulli⁸, che nondimeno non ha portato alla risoluta messa

³ Riferimenti a riguardo dello stato delle fonti nell'ordinamento liberale e della evoluzione successivamente avutasi possono aversi da A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*², in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma 2011, spec. 274 ss.

⁴ Indicazioni possono, volendo, aversi dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977.

⁵ Il riferimento è, ovviamente, a A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova 2002.

⁶ Part. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist., Giuffrè, Milano 1964.

⁷ Si fa qui richiamo – come si sa – al pensiero di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970.

⁸ ... del quale v., part., l'ormai classico studio su *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss.

da canto del canone della gerarchia che seguita a detenere un posto centrale nella dottrina del nostro come pure di altri Paesi. E, poiché il principio della tipizzazione delle competenze, nella sua duplice veste della separazione tra fonti diverse e nell'articolazione interna ad uno stesso tipo di fonte (e, segnatamente, la legge)⁹, si ha nei limiti in cui ciò risulti stabilito, con riguardo alle fonti primarie, dalla Costituzione o da fonti comunque di rango costituzionale, se ne ha che esso risulta fatalmente attratto dal canone della gerarchia, risolvendosi a conti fatti in quest'ultimo¹⁰. Ogni qual volta, infatti, dovesse aversi l'invasione della sfera di competenze altrui, la fonte che se ne renda responsabile ha, puramente e semplicemente, violato la fonte sovraordinata cui si deve il riparto delle competenze stesse e, dunque, per ciò stesso, ha violato il principio gerarchico. Come è stato efficacemente rilevato da un'accreditata dottrina¹¹, il canone della competenza si alimenta, dunque, parassitariamente da quello della gerarchia.

3. La salvaguardia dei diritti costituzionali e il bisogno di trapassare dal sistema delle fonti ad un sistema di norme che si fa ed incessantemente rinnova secondo i casi ed alla luce delle mobili combinazioni dei valori dagli stessi evocati in campo: un mutamento di piano e di prospettiva della cui necessità parrebbe essere avvertita certa dottrina e giurisprudenza corrente in relazione a talune vicende della normazione, sia pure in un contesto teorico-ricostruttivo nel suo insieme pur sempre d'ispirazione formale-astratta

Qui si ferma, ancora oggi che il mondo è complessivamente cambiato, anche la dottrina del tempo presente. Non fanno tuttavia in essa difetto gravi contraddizioni e vistose oscillazioni, alla cui descrizione mi sono in altri studi dedicato.

È un fatto indiscusso, nondimeno, che la proliferazione di tipi e sottotipi di fonti, da noi avutasi specie per impulso della Carta repubblicana, ha complicato in misura crescente il sistema delle fonti, specie per effetto del riconoscimento degli atti di autonomia (territoriale e non), concorrendo, per la sua parte, al disordine che ormai endemicamente lo affligge¹². A fronte di un tale impetuoso sviluppo, la legge ha dimostrato limiti evidenti nel pur encomiabile sforzo prodotto al fine di assicurare l'appagamento dei bisogni viepiù crescenti e pressanti emergenti da un corpo sociale internamente plurale e connotato da forti tensioni e contraddizioni interne, come pure di tenere unito il sistema stesso, governandone le plurime dinamiche che in esso si svolgono.

D'altro canto, l'affollamento di tipi di strumenti di normazione sulla scena ha, per la sua parte, fattivamente concorso alla loro reciproca confusione, alle frequenti sovrapposizioni, con conseguente smarrimento dei connotati tipici di ciascuno di essi. Un fenomeno, questo, particolarmente vistoso ed inquietante, essendosi assistito (ed assistendosi) non soltanto – com'è da tempo, con varietà di accenti ed argomenti, rilevato¹³ – all'esautorazione della legge da parte degli atti di produzione governativa (decreti-legge e decreti legislativi e persino regolamenti con forza sostanzialmente primaria) ma anche ad un uso alquanto libero e – diciamo pure – disinvolto ed improvvisato (per non dire

⁹ Su questo doppio volto del principio in parola rimando nuovamente al mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., 80 ss.

¹⁰ ... al quale peraltro – come si è tentato di mostrare altrove (e, segnatamente, nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Giappichelli, Torino 2009, 54 ss.) – possono ricondursi e nel quale si risolvono tutti i criteri ordinatori.

¹¹ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano 1993, 414.

¹² “L'assetto delle fonti del diritto e il ‘sistema’ normativo (che, in verità, hanno oggi ben poco di “sistematico”) appaiono pervasi da una forte connotazione irrazionalistica”: così, di recente, A. MORELLI, [Il giudice robot e il legislatore naïf. La problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche](#), in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), in questa [Rivista](#), 6 agosto 2020, 5, riassume ed efficacemente esprime un pensiero – come si sa – largamente diffuso (v., infatti, nuovamente gli scritti citt. in nt. 1).

¹³ Questa tendenza era stata prontamente colta e con chiarezza rappresentata già oltre sessant'anni addietro da un'avvertita dottrina in relazione al nostro e ad altri ordinamenti (E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960).

irresponsabile) degli atti stessi, non di rado portati a confondersi tra di loro o, come che sia, a discostarsi in rilevante misura dal modello delineato nella Carta¹⁴.

Ovviamente, tutto ciò non acquista rilievo unicamente al piano delle fonti ma ha la sua immediata proiezione a quello istituzionale, testimoniando una complessiva torsione dei ruoli da cui discendono alterazioni gravi sia della forma di governo e sia pure della stessa forma di Stato, al punto di dimostrarsi impellente non soltanto una riconsiderazione critica e disincantata dei loro tratti maggiormente salienti¹⁵ ma più e prima ancora – a me pare – un complessivo ripensamento delle stesse categorie teoriche che le riguardano.

Ciò che, nondimeno, maggiormente importa ai fini dello studio che si va ora facendo è che anche fonti di primo grado, quali i decreti legislativi e, soprattutto, i decreti-legge, che hanno in considerevole misura concorso a scalzare la legge dal piedistallo in cui si trovava durante la stagione liberale hanno poi mostrato (e mostrano) limiti evidenti di rendimento in ordine al governo della società¹⁶, specie in situazioni di emergenza, sì da dovere in buona sostanza cedere il campo ad altri strumenti di normazione, in punto di astratto diritto, di rango inferiore ma, in realtà, sostanzialmente provvisti di forza primaria e persino superprimaria, avendo inciso (ed incidendo) su disposti costituzionali relativi ai diritti¹⁷; strumenti dei quali non si fa menzione alcuna nella Carta,

¹⁴ Emblematiche, al riguardo, le esperienze dei decreti-legge innovativi di leggi di delega o di queste ultime carenti dei contenuti loro propri per dettato costituzionale.

¹⁵ Fanno il punto, con vario orientamento, sulle più marcate tendenze della forma di governo, tra gli altri, A. SPADARO, *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] e M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 3 luglio 2019, 360 ss., nonché, nella stessa *Rivista*, G. DI COSIMO, *Sviluppi del governo parlamentare*, 2/2020, 9 aprile 2020, 50 ss.; Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?*, in [Osservatorio Costituzionale](#), 5/2019, 10 settembre 2019, 13 ss. Sui condizionamenti esercitati sulla forma di governo da alcune sviluppi delle relazioni istituzionali in ambito sovranazionale, per tutti, v. N. LUPO, *La forma di governo italiana, quella europea, e il loro stretto intreccio nella Costituzione "composita"*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2019, 5 dicembre 2019, 175 ss., e, dello stesso, *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), in questa *Rivista*, 9 marzo 2020, nonché *L'intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, in [Federalismi.it](#), 28/2020, 12 ottobre 2020.

¹⁶ Sulle più salienti esperienze della normazione governativa riferimenti ed indicazioni, di recente, in N. LUPO, *Considerazioni conclusive. Sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2019; S. PANIZZA, *Materiali per uno studio del rapporto tra Parlamento e Governo a partire dalla produzione normativa e dalle modalità del suo aggiornamento*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 27 marzo 2020, 898 ss., e A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova costituzione materiale?*, in [Rivista AIC](#), 3/2020, 6 luglio 2020, 55 ss.

¹⁷ La qual cosa ha, poi, alimentato un fitto dibattito in merito agli effetti prodotti sul sistema delle fonti dagli atti normativi in parola [tra gli altri, di recente, U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, e A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, entrambi in [Nomos](#), 1/2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 11 giugno 2020, 531 ss., e, nella stessa *Rivista*, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, 558 ss.; L. GIANNONE - M. ALBISINNI, *Salus rei publicae suprema lex esto*, in [Giustizia Insieme](#), 21 giugno 2020; i contributi riuniti in [Osservatorio sulle fonti](#), fasc. spec. 2020 su *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*; D. TRABUCCO, *Il "virus" nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in [Nomos](#), 2/2020; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. pubbl.*, 2/2020, 333 ss.; nella stessa *Rivista*, M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, 361 ss.; C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in [Rivista AIC](#), 4/2020, 7 ottobre 2020, 95 ss.; E. LONGO - M. MALVICINI, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in [Federalismi.it](#), 28/2020, 12 ottobre 2020, 212 ss.; M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in [BioLaw Journal](#), 3/2020, 31 ss.; L. BUSCEMA, *La "democrazia imperfetta". Alla ricerca di una disciplina (costituzionale) dell'emergenza sanitaria*, [Dirittifondamentali.it](#), 3/2020, 29 ottobre 2020, 246 ss. e, nella stessa *Rivista*, V. FANTI, *Al tempo dell'emergenza non si può ritornare all'autoritarismo di Oreste Ranalletti*, 264 ss.; infine, per un chiaro quadro di sintesi degli effetti suddetti, nonché degli altri prodotti sia a carico degli equilibri istituzionali sia per i diritti costituzionali,

palesandosi in tal modo con carattere ancora più marcato il bisogno di una nuova “razionalizzazione” costituzionale dell’ordine delle fonti, secondo quanto si dirà meglio più avanti¹⁸.

Per altro verso, ad un complessivo sconvolgimento dell’antica quiete che nell’ordinamento liberale connotava le dinamiche della normazione ha poi portato l’integrazione sovranazionale, incoraggiata da una lettura fin troppo generosa e benevola dell’art. 11 patrocinata dalla giurisprudenza costituzionale e da una nutrita schiera di studiosi¹⁹ e via via col tempo viepiù affermatasi seppure in modo complessivamente non lineare e, comunque, non poco sofferto, cui si è accompagnata la invenzione di nuovi tipi e sottotipi di fonti dotati in ambito interno persino di forza “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*, unitamente alla fioritura di altre Carte materialmente costituzionali e perciò – piaccia o no – “concorrenti” con la Costituzione.

In un certo qual senso può dirsi che i diritti fondamentali sono, per la loro parte, “responsabili” di questo stato di cose. Le viepiù pressanti pretese di affermazione da essi rivendicate e solidamente poggianti sulle indicazioni, assiologicamente pregnanti, contenute nella Costituzione e nelle altre Carte ha, infatti, in buona sostanza determinato quest’esito, del quale nondimeno la cultura giuridica tarda a prendere piena consapevolezza. La causa prima del nuovo modo con cui si rende necessario tornare a riguardare, senza preconetto alcuno (teorico o ideologico), alle esperienze della normazione è data proprio dalla formidabile dotazione assiologica esibita da tutti tali documenti costituzionali.

Come si è tentato di mostrare altrove²⁰, di un *sistema delle fonti*, nella sua risalente accezione, non è più infatti possibile seguitare a discorrere, dovendosi piuttosto al suo posto trattare di un *sistema di norme* che si fa e senza sosta rinnova in ragione dei casi, dei beni della vita di volta in volta in gioco, delle parimenti mobili combinazioni dei valori dagli stessi evocati in campo e bisognosi di essere fatti oggetto di reciproco bilanciamento, in vista del conseguimento della loro sintesi di volta in volta ottimale, alla luce delle condizioni complessive di contesto.

D’altro canto, il bisogno di “deformalizzare” il sistema (*rectius*, il modo di ricostruirne le dinamiche interne) è avvertito dalla stessa dottrina e giurisprudenza corrente con specifico riguardo al modo d’intendere e far valere l’essenza stessa della Costituzione, il suo “nucleo duro”, come suole essere chiamato. Basti solo por mente alla selezione comunemente fatta in seno alla legge fondamentale della Repubblica delle sue norme espressive dei principi di struttura dell’ordinamento²¹, considerati idonei a resistere ad ogni forma d’innovazione per via legale (attraverso cioè le procedure di cui all’art. 138 come pure a mezzo di norme aventi origine esterna all’ordinamento ed abilitate, al pari di quelle delle leggi di revisione, a modificare la Carta) o, per dir

R. ROMBOLI, [L’incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, 513 ss.].

¹⁸ L’emergenza sanitaria che ad oggi ci affligge e inquieta ne ha dato eloquente testimonianza, con l’accavallamento confuso di decreti del Presidente del Consiglio e di ordinanze di Presidenti delle Regioni e Sindaci, non di rado tra di loro discordanti, sì da determinare non poco disorientamento tra gli operatori stessi e in seno alla comunità. La vistosa emarginazione del Parlamento, di cui si è avuto palese riscontro nella congiuntura in atto, pone poi in modo imperioso la questione di una disciplina di rango costituzionale degli stati di emergenza della quale, diversamente dall’avviso di un’accreditata dottrina, si ha, a parer mio, urgente bisogno, in specie nel segno del rinvigorimento delle garanzie sugli atti monocratici suddetti, quale potrebbe aversi – come si è altrove argomentato – specie per mano del Capo dello Stato [su tutto ciò, ragguagli nel mio *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in [Stato di diritto, emergenza, tecnologia](#) (a cura di G. De Minico e M. Villone, edizioni di [Consulta OnLine](#), 2020, 196 ss.).

¹⁹ Crudi e penetranti rilievi critici al riguardo, ora, in M. ESPOSITO, *Il disordine del sistema delle fonti tra alterazioni e surroghe (appunti sugli effetti della c.d. integrazione europea)*, in *Giur. cost.*, 1/2020, 405 ss.

²⁰ Tra gli altri miei scritti in cui questo rilievo è argomentato, v. *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in AA.VV., *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, cit., 63 ss., nonché al sito dell’[AIC](#).

²¹ Il riconoscimento di questi ultimi è assai meno evidente ed agevole di ciò che comunemente si pensa; non è per mero accidente, d’altronde, che la giurisprudenza, a seconda dei casi, qualifichi come espressive dei principi in parola norme dapprima non considerate tali. Uno stesso principio, poi, può caricarsi di valenze diverse, alle volte inesplorate, al punto che può dirsi essere, a conti fatti, i casi stessi i fattori che portano alla emersione dei principi di struttura dell’ordinamento ovvero alla scoperta di nuovi loro significati.

meglio, ad ogni innovazione che non sia *in melius*, volgendosi ad un'accresciuta valorizzazione dei valori fondamentali²².

La teoria dei limiti alla revisione costituzionale, che porta ad assegnare un regime complessivamente diverso ad alcune norme rispetto ad altre appartenenti al medesimo documento normativo, avvalora *per tabulas* la tesi qui nuovamente patrocinata secondo cui non è già la forma *ut sic* bensì la sostanza, qualificata alla luce dei valori fondamentali, a determinare il “posto” di ciascuna *norma*, non appunto dell'*atto* che tutte le contiene, nel sistema. Ed è singolare, francamente stupefacente, che – come mi affanno a dire da tempo – quest'ultimo seguiti ad essere ricostruito nelle sue linee portanti a mezzo di categorie metodico-teoriche d'ispirazione formale-astratta quando poi l'essenza della Costituzione – i principi fondamentali – è percepita in prospettiva assiologico-sostanziale.

Questo schema torna, poi, a ripetersi anche con riguardo ad altre vicende della normazione.

Si pensi, ad es., al caso, prefigurato dalla stessa giurisprudenza, che una norma di diritto internazionale pattizio “razionalizzi” una norma generalmente riconosciuta della Comunità internazionale. Ciò che, ancora una volta, fa sì che uno stesso documento normativo esprima norme “graduate” e, ad ogni buon conto, diverse per natura ed estrazione, ciascuna delle quali retta da un regime suo proprio, nei termini in cui è comunemente riconosciuto²³. O si pensi ancora ad una norma di una Carta dei diritti, quale la CEDU, sostanzialmente riprodotta in altra Carta, e segnatamente in quella dell'Unione²⁴, con la conseguenza che gli operatori di diritto interno dovranno considerare la prima ugualmente dotata di quel rango costituzionale che è propria della seconda. E via dicendo.

Ancora nella giurisprudenza costituzionale (e dunque – si faccia caso – nella sede in cui massimamente trova forma ed espressione la conversione del diritto costituzionale vigente in diritto vivente) si rinvencono, poi, non poche tracce o – come le si è altrove chiamate – “schegge” di un orientamento d'ispirazione assiologico-sostanziale: a conferma delle non lievi contraddizioni e vistose oscillazioni che affliggono dottrina e giurisprudenza correnti quanto al modo complessivo d'intendere e far valere il sistema.

Pescando a caso tra le più rilevanti di esse, si consideri solo il ribaltamento dell'ordine in cui si dispongono, in via di principio, norme risultanti dalla CEDU (o – a me pare – da ogni altra Carta dei diritti e, generalizzando, da ogni fonte internazionale pattizia) e norme di legge comune. Come è stato messo in chiaro già a partire dalla prima delle sentenze “gemelle” del 2007, la regola che vuole asservite le seconde alle prime può, infatti, ribaltarsi su sé stessa laddove sia provato che in ambito interno è offerta ai diritti una protezione maggiormente intensa di quella che ad essi viene da altre norme ancorché prodotte – si faccia caso – da documenti “tipicamente costituzionali”²⁵. La qual cosa,

²² Dei limiti alla revisione costituzionale si 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; argomenti a sostegno di modifiche degli stessi principi fondamentali (ma solo *in melius*) possono, volendo, vedersi nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, *ivi*, 367 ss., nonché in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018.

²³ ... con immediate proiezioni specie al piano delle garanzie processuali, per il diverso rilievo posseduto dalle norme stesse sia sul versante del parametro che su quello dell'oggetto nei giudizi di costituzionalità e negli altri giudizi (su ciò, per tutti, i contributi di AA.VV., *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Atti del XXIV Convegno della SIDI, Roma 5-6 giugno 2019, a cura di G. Palmisano, Editoriale Scientifica, Napoli 2020).

²⁴ Sulle convergenze e, in più punti, coincidenze tra le Carte in parola, v., ora, R. CONTI, [CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, 578 ss.

²⁵ Qualifica [da Corte cost. n. 269 del 2017](#), dietro già richiamata, esplicitamente riferita alla Carta di Nizza-Strasburgo ma – com'è chiaro – valevole per ogni Carta in cui sia dato il riconoscimento (in senso proprio) di diritti fondamentali. Nelle sentenze “gemelle” del 2007 la Corte discorre al riguardo di un “bilanciamento” che si renderebbe necessario tra quanto disposto dall'art. 117, I c., ed altre norme della Costituzione in cui è il riconoscimento di beni della vita bisognosi di prioritaria protezione per le peculiari esigenze di un caso; come si è però tentato di mostrare altrove, in realtà, in una congiuntura siffatta, la “copertura” di cui all'art. 117 non si attiva, per la elementare ragione che è la stessa CEDU a ritagliare per sé un ruolo meramente sussidiario, dichiarando espressamente di voler valere in ambito interno unicamente in quanto possa portare ad un'accresciuta tutela dei diritti in campo.

poi, linearmente conduce all'esito per cui nulla può escludere che una legge comune porti ancora più in alto il livello della tutela per i diritti rispetto a quello fissato nella stessa Costituzione. Un esito, per vero, suscettibile di ulteriori sviluppi teorico-ricostruttivi e gravido di conseguenze specie al piano delle garanzie processuali, il cui esame nondimeno richiede una sede di studio a ciò specificamente dedicata.

Si pensi ancora alla giurisprudenza in tema di limiti all'abrogazione referendaria, tra i quali quello della impossibilità di pregiudicare una "tutela minima" assicurata a beni costituzionalmente protetti (e, dunque, in primo luogo, ai diritti) dalla disciplina normativa presa di mira dai promotori. Un limite – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – ancora una volta generalizzabile, connotando l'intero andamento delle vicende della normazione (e, specificamente, appunto quelle che si hanno in applicazione del canone della *lex posterior*). Un limite, peraltro, razionalizzato sotto altro nome dall'art. 117, comma 2, lett. m) e, a mio modo di vedere, dotato di una duplice proiezione e valenza: per un verso, assumendo significato al piano del riparto delle competenze tra Stato e Regione e, per un altro ed ai fini dello studio che si va ora facendo ancora più rilevante verso, segnando dei punti di "non ritorno" per lo stesso legislatore statale, impossibilitato a far regredire le acquisizioni dapprima raggiunte a beneficio del patrimonio dei diritti²⁶.

Naturalmente, è poi da mettere in conto che possano darsi emergenze di vario genere che obblighino i diritti a sottostare a gravi sacrifici: com'è chiaro, infatti, il modello delineato nella Carta regge per gli stati di quiete, non già per le situazioni di emergenza e di crisi, gravando nondimeno su chi in esse dichiara di rinvenire giustificazione del proprio operato l'onere di dimostrare la loro effettiva sussistenza, nonché la congruità tra i mezzi messi in campo e i fini bisognosi di essere raggiunti. Di qui, poi, la conseguenza per cui, in relazione a certe discipline normative, s'inverte l'onere della prova, assumendosene la invalidità, nella presunzione che l'emergenza sia l'eccezione rispetto alla regola, e gravando piuttosto su chi le difende l'onere della dimostrazione della loro validità e, dunque, sottostando le stesse ad uno scrutinio particolarmente severo in sede di giudizio di costituzionalità.

Sta di fatto che a tutt'oggi dottrina e giurisprudenza corrente sono gravate da pesanti ipoteche teoriche e remore evidenti che le trattengono dal mettere risolutamente da canto gli antichi schemi d'inquadramento sistematico di formale fattura per rimpiazzarli con altri d'ispirazione assiologico-sostanziale, linearmente discendenti da una teoria della Costituzione per valori e dalla "graduatoria" tra norma e norma della Carta operata dalla teoria dei limiti alle innovazioni costituzionali.

Non a caso, d'altronde, la massima espressione di quelle "schegge" di cui poc'anzi si diceva è data dall'accoglimento del principio della massimizzazione della tutela²⁷, specificamente fatto valere – come si è veduto – dalla giurisprudenza sulla CEDU e però, a mia opinione, suscettibile di generalizzata applicazione; un principio che, stranamente, è comunemente considerato idoneo ad innestarsi armonicamente su un impianto nel suo insieme connotato dagli schemi suddetti, tra i quali

²⁶ Indicazioni a riguardo dei "livelli essenziali delle prestazioni" relative ai diritti, ora, in D. MONE, *Autonomia, eguaglianza, livelli essenziali*, relaz. al Convegno del Gruppo di Pisa su *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Trento 18-19 settembre 2020, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#).

²⁷ Ne contesta in radice la esistenza 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*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15; *Intervista su Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in [Giustizia Insieme](#), 10 aprile 2019] con argomenti ai quali mi sono sforzato di replicare in altri studi [tra i quali, i miei *Intervista*, sopra cit.; *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 8 aprile 2020]. V., inoltre, A. RANDAZZO, *Il "metapprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in [Federalismi.it](#), 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss., spec. 67 s.; B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in [Eurojus](#), 3/2020, 277. Infine, C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in [Giustizia Insieme](#), 19 ottobre 2020, e R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, cit., spec. 588 ss.

quello della fonte interposta²⁸. Si tratta, però, di un innesto, a mio avviso, mal riuscito o, diciamo pure, di una nota stonata, al piano metodico ancora prima che a quello teorico-ricostruttivo, una nota eccentrica rispetto all'intero impianto argomentativo in cui s'immette.

La stessa qualifica data della CEDU quale fonte "subcostituzionale", a differenza della Carta di Nizza-Strasburgo invece provvista di rango costituzionale, avvalorata il vizio complessivo da cui è affetta la costruzione giurisprudenziale, che ne mina le fondamenta rendendole gravemente esposte ed instabili, specie ove si convenga a riguardo del carattere "tipicamente costituzionale" parimenti posseduto da tali documenti che, di tutta evidenza, fa pugno con la loro supposta ordinazione gerarchica²⁹; oltre tutto, non si capisce come possa mai predicarsi, a un tempo, la pari natura di documenti materialmente costituzionali delle Carte in parola e, però, il "predominio assiologico" della Costituzione³⁰. La stessa giurisprudenza, peraltro, si avvolge su se stessa e contraddice vistosamente nel momento in cui, smentendo la supposta ordinazione gerarchica delle Carte, riconosce che esse s'integrano reciprocamente nella interpretazione, ciascuna dunque concorrendo alla incessante rigenerazione semantica delle altre ([sent. n. 388 del 1999](#)).

È poi sufficiente anche una superficiale lettura di quanto è in entrambe le Carte testualmente esposto, in particolare della previsione contenuta nella Carta di Nizza-Strasburgo di voler essere intesa e fatta valere alla luce di ciò che stabilisce la CEDU, salvo appunto il caso di poter offrire una tutela maggiormente avanzata, ad avvalorare *per tabulas* la tesi qui nuovamente patrocinata in ordine alla necessità di trapassare dal *sistema delle fonti* al *sistema delle norme*. Per essere più precisi, al primo può unicamente assegnarsi un rilievo – come dire? – indiziario o presuntivo, assumendosi che, in via di principio, una fonte usualmente considerata subordinata ad altra fonte sia invalida laddove esprima norme confliggenti con quelle poste dalla seconda. E così pure, ad es., per ciò che concerne la operatività del canone della *lex posterior*, è da presumere la validità delle innovazioni apportate da fonte posteriore a fonte anteriore del medesimo grado (salva la nota eccezione costituita dalla *lex specialis*³¹). In entrambi i casi, tuttavia, come si è venuti dicendo, si tratta di presunzione che ammette la prova del contrario, alla luce del "metaprincipio" o "metacriterio" ordinatore della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti, ovvero sia dell'affermazione *magis ut valeat* della Costituzione quale sistema di valori fondamentali positivizzati. Nulla, infatti, può escludere in partenza che la norma prodotta da fonte in astratto gerarchicamente inferiore risulti dotata di "copertura" da parte di un principio fondamentale, della quale sia invece sprovvista la norma di fonte sovraordinata (così pure, *mutatis mutandis*, in merito alle vicende del canone della *lex posterior*), mentre è chiaro che, laddove entrambe le norme in campo dovessero godere di una "copertura" siffatta, il conflitto si sposterebbe di piano, coinvolgendo i principi in parola e richiedendo pertanto di essere risolto a mezzo della tecnica usuale del bilanciamento secondo ragionevolezza³². Un bilanciamento teleologicamente orientato ed apprezzabile unicamente in prospettiva assiologicamente ispirata, dovendosi puntare all'obiettivo di far pagare alla Costituzione come "sistema" il minor costo possibile in ragione del caso e delle sue complessive esigenze o – il che è praticamente lo stesso – di portare alla massima affermazione possibile della legge fondamentale dell'ordinamento.

Ora, è chiaro che un riscontro siffatto non può, di tutta evidenza, aver luogo se non trapassando lo schermo opaco delle fonti in campo e puntando diritto sulle loro norme, prestando cioè attenzione al

²⁸ Ne illustra ora con chiarezza il modo di operare A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 4/2020, 23 ottobre 2020, 250 ss.

²⁹ Tutte, comunque, asservite alla osservanza della Costituzione: la Carta dell'Unione ai soli principi fondamentali, la CEDU (e ogni altra Carta), invece, astrattamente obbligata a piegarsi davanti ad ogni norma della Costituzione stessa. Non si è, peraltro, mai ben capito (perlomeno, non è riuscito a me di capire) su cosa poggi questo differenziato regime.

³⁰ Così, con specifico riguardo alla CEDU, in [Corte cost. nn. 49 del 2015](#) e [25 del 2019](#).

³¹ ... essa pure, peraltro, provvista di gracile fondamento teorico, secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, cit., 60 s.

³² Le dinamiche delle "coperture" di valore possono, se si vuole, vedersi descritte nel mio scritto per ultimo cit., 34 ss. e 54 ss.

modo con cui nel singolo caso esse si pongono l'una davanti all'altra, vale a dire ambientando le vicende della normazione al piano della *teoria della interpretazione*, non già a quello della *teoria delle fonti*, quanto meno di una teoria d'ispirazione formale-astratta. Ed è proprio all'un piano che si coglie ed apprezza il ruolo giocato in seno alla trama istituzionale dal giudice, la sua crescita viepiù rilevante e vistosa, le forme attraverso le quali si rende manifesta, gli effetti che se ne hanno per l'intero sistema e per i diritti costituzionali.

4. Il bisogno di un rinvigorismento del ruolo tanto del legislatore quanto dei giudici, tentando di porre rimedio ad alcune torsioni istituzionali di cui si ha diffuso riscontro nell'esperienza

Il vero è che la rigidità del disporre in astratto che è propria delle leggi e degli altri atti di normazione si dimostra inadeguata alla varietà dei casi ed alle continuamente cangianti combinazioni degli interessi in gioco e dei valori dagli stessi evocati in campo, nella non di rado affannosa e non poco sofferta ricerca di sintesi quanto più è possibile equilibrate e rispondenti perciò a ragionevolezza.

Sarebbe tuttavia un errore grave, foriero di guasti irreparabili per la tenuta stessa del sistema, desumerne la necessità di mettere da canto la legge e gli altri atti produttivi di norme per far quindi posto alle sentenze ed alle altre espressioni della pratica giurisdizionale. Non si dimentichi che in uno Stato di diritto, quale il nostro, il principio della esclusiva soggezione dei giudici alla legge rimane di cruciale rilievo per la tenuta dello Stato stesso e la sua trasmissione integra nel tempo, a beneficio anche delle generazioni che verranno. Si dà, infatti, una tipicità di ruoli irrinunciabile degli operatori del diritto, secondo la magistrale indicazione data dal principio della separazione dei poteri che – come sappiamo – connota e qualifica, per la sua parte, l'idea di Costituzione consegnataci dai rivoluzionari francesi con la Dichiarazione dei diritti del 1789. Certo, è una tipicità che deve essa pure adattarsi ai tempi, dimostrandosi adeguata a far fronte a nuovi bisogni venuti alla luce dal corpo sociale, viepiù accresciuti e pressanti, specie in congiunture di crisi o di emergenza, quale quella sanitaria in atto.

Nel tempo presente, secondo il modello qui nuovamente patrocinato, si richiede non già l'avvento di uno “Stato giurisdizionale” – come pure con una certa improprietà di linguaggio è usualmente chiamato – in vece di quello “legislativo”; di contro, la stessa Costituzione sollecita l'affermazione di un impianto istituzionale solido e proteso all'inveramento dei valori fondamentali dell'ordinamento, nel quale dunque sia, sì, rinvigorito il ruolo dei giudici e degli operatori del diritto in genere (a partire da quelli componenti la pubblica amministrazione) ma, ancora prima, lo sia quello del legislatore (e, di riflesso, degli atti dallo stesso prodotti, in ciascuna delle loro articolazioni ed espressioni, in specie dunque delle leggi costituzionali e comuni). Un esito, questo, che, a conti fatti, dipende dalle leggi stesse e, risalendo, dal sistema politico ad esse sottostante. La qual cosa richiede un profondo svecchiamento, un'autentica palingenesi, per struttura e funzione, degli strumenti in parola, i migliori a tutt'oggi tra quelli inventati nel corso del tempo e perciò con profitto utilizzabili al servizio dei più avvertiti e diffusi bisogni sociali. Uno svecchiamento che, per un verso, ha da tradursi nella fattura (per quanto possibile, con la più larga partecipazione di esperti e formazioni sociali) di leggi agili ed essenziali per disposti normativi e che, per un altro verso – ciò che ancora di più importa –, si dimostrino per ferma vocazione in grado di disporsi al servizio dei fini-valori costituzionali, in vista della loro ottimale realizzazione pur alle condizioni oggettivamente difficili e, per taluni aspetti, persino proibitive del tempo presente³³.

³³ Hanno, tra gli altri, caldeggiato questo modello R.G. 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, 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.; infine, volendo, anche

Non è già a mezzo di leggi eccessivamente numerose e, talvolta, innaturalmente minute e dettagliate – ciò che, di tutta evidenza, potrebbe aversi ad opera di atti di normazione di secondo e persino terzo grado – che si pone rimedio alla crisi ormai endemica che affligge la massima espressione della rappresentanza politica, qui nuovamente rivista – secondo l’aureo insegnamento di una ispirata dottrina – nella sua forma eminente che è data dalla rappresentatività degli eletti, dalla loro attitudine cioè a farsi carico dei bisogni maggiormente avvertiti in seno alla comunità governata e di tradurli in atti attrezzati per darvi appagamento. Piuttosto, la “qualità” dello strumento legislativo può essere, in una non secondaria misura, recuperata, da un canto, grazie ad un uso adeguato delle tecniche di *drafting* e, d’altro canto, aprendo la produzione normativa alle formazioni sociali e risolutamente orientandola verso la tavola dei valori fondamentali, sì da aversene – come si diceva – fin dove possibile l’ottimale realizzazione³⁴.

In questo quadro qui molto sommariamente delineato, i giudici in genere sono chiamati ad un ruolo di primo piano³⁵, non di rado destinatari di “deleghe” da parte del legislatore e sollecitati pertanto alla ricerca di quella massimizzazione della tutela dei diritti e degli interessi in genere costituzionalmente protetti che – come si è veduto – si conferma essere l’autentica *Grundnorm* del sistema, anche nel suo porsi in relazione ad altri sistemi, quale quello fondato sulla CEDU o quello eurounitario. Si tocca così con mano come sia proprio nelle sedi in cui si amministra giustizia, costituzionale e comune, che prendono forma talune espressioni della pratica giuridica in svolgimento dei principi e delle scarse indicazioni, secondo modello, offerte dalle leggi, che ne sono in tal modo “attuate”, non già – come pure è stato teorizzato – puramente e semplicemente “applicate”³⁶.

Plurime e viepiù raffinate ed incisive le tecniche decisorie al riguardo poste in essere dai giudici, delle quali non è di qui dare l’analitica e puntuale rappresentazione. Un dato, nondimeno, sopra ogni

il 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., spec. 49 ss.

³⁴ È in quest’ultima accezione che ho discorso della “qualità” in parola sin dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., 240 ss., e che torno qui a dirne, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

³⁵ Ne ha messo in evidenza, con dovizia di argomenti, il rilievo R. CONTI, che vi ha dedicato numerosi ed approfonditi studi, tra i quali, da ultimo, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, cit.

³⁶ Con specifico riferimento all’operato dei giudici, un’accreditata dottrina si è dichiarata dell’avviso che essi farebbero sempre (e solo) “applicazione” delle leggi [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. Non così – come si viene dicendo – per la tesi qui nuovamente patrocinata, alla quale ha fatto di recente richiamo A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, 1/2020, spec. 464 ss.].

Sulla vessata e risalente questione della creatività della giurisprudenza, v., poi, ancora M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss.; *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*, in *Quest. giust.*, 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss.; cfr., inoltre, variamente, G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [Rivista AIC](#), 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell’interpretazione giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell’ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, [Federalismi.it](#), 15/2019, 31 luglio 2019, e, in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, ora, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018. Sul ruolo del giudice quale produttore di certezze del diritto in concreto, v., poi, di recente, 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. Infine, C.V. GIABARDO, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, in [Giustizia Insieme](#), 4 settembre 2020.

altro merita di essere nuovamente evidenziato; ed è la vistosa esposizione cui gli operatori di giustizia vanno incontro, correndo il rischio (e facendolo, di riflesso, correre allo Stato costituzionale di diritto) di varcare i confini che delimitano, sia pure in modo sommario, l'area entro la quale possono (e devono), secondo modello, esercitare il *munus* loro conferito. Un rischio che è invero incombente in specie sui giudici costituzionali (qualifica qui, ancora una volta, intesa in senso materiale e, perciò, riferita altresì alle Corti europee quali garanti di Carte dei diritti, pur nella loro complessivamente peculiare connotazione) ma al quale non restano immuni gli stessi giudici comuni, specie laddove, ora a motivo della oscurità del linguaggio delle leggi e ora della loro mancanza, siano incoraggiati ad avvalersi di tecniche decisorie bisognose di essere azionate con estrema delicatezza, sensibilità, accortezza.

Si pensi solo, al riguardo, ai casi di c.d. “applicazione” diretta della Costituzione (*rectius*, alla luce della precisazione sopra fatta, “attuazione”) o d’interpretazione costituzionalmente orientata, laddove, per un verso, prende forma un ruolo di “supplenza” dei giudici nei confronti del legislatore che, seppur non sollecitato (e, forse, talora neppure voluto³⁷), ugualmente si ha e sarebbe del tutto fuori posto negarne la esistenza, mentre, per un altro verso, si assiste a manipolazioni della sostanza normativa racchiusa nei testi di legge, seppur non di rado abilmente mascherate a mezzo di un uso raffinato delle tecniche interpretative, e talora persino del dettato costituzionale³⁸, riscritto a forza al fine di raggiungere, in un modo o nell’altro, l’obiettivo della riconciliazione dei termini positivi in campo³⁹.

Non regge l’obiezione che tutto ciò pur sempre si ha – quanto meno, il più delle volte – per una nobile causa, al fine cioè di dare fin dove possibile appagamento a diritti e interessi in genere costituzionalmente protetti che ne resterebbero altrimenti privi. E, invero, nel momento stesso in cui il principio della separazione dei poteri dovesse trovarsi sotto *stress* o, diciamo pure, essere in buona sostanza sacrificato, gli stessi diritti ne sarebbero pregiudicati e travolti, per la elementare ragione che la Costituzione, nell’accezione accolta dall’art. 16 della Dichiarazione dei diritti, sopra già richiamato, può procedere spedita lungo la via che si è da se stessa tracciata, unicamente se entrambe le gambe sulle quali poggia l’assistono e sorreggono: una Costituzione zoppa o, peggio, amputata di una delle gambe stesse non può correre e neppure a conti fatti reggersi alla lunga in piedi.

Non è di qui illustrare i non pochi casi in cui si è assistito alla dominanza, alle volte schiacciante, dell’“anima” politica su quella giurisdizionale del tribunale costituzionale⁴⁰ né è dato indugiare sui

³⁷ La stessa Consulta ha tenuto a precisare, per bocca del suo Presidente *pro tempore*, G. Zagrebelsky, di trovarsi obbligata dall’inerzia del legislatore a far luogo ad una “supplenza” dello stesso “non richiesta e non gradita” (nella circostanza, ci si riferiva specificamente alla mancanza di una disciplina legislativa di attuazione del Titolo V, così come riscritto nel 2001; quanto si viene ora dicendo sembra tuttavia valere in relazione a plurimi ambiti materiali, ben oltre dunque di quello al quale si è indirizzato il rilievo suddetto).

³⁸ Le pronunzie del giudice costituzionale maggiormente innovative sono infatti proprio quelle con cui gli enunciati della Carta sono sostanzialmente riscritti per via interpretativa; ciò che acquista uno speciale rilievo sol che si pensi che le pronunzie stesse sfuggono – come si sa – a qualsiasi “impugnazione”.

³⁹ Talvolta l’interpretazione conforme prende dunque forma non già orientando la lettura degli enunciati legislativi verso quelli costituzionali ma viceversa. Quando ciò si realizza, nondimeno, non è sempre di agevole riconoscimento.

⁴⁰ ... della quale ha, con varietà di accenti ma sostanziale comunanza d’idee, discorso (e discorre) una consistente schiera di studiosi [*ex plurimis*, 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. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017; G. BISOGNI, *La ‘politicalità’ 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. (sul cui pensiero, criticamente, v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit., 757 ss., ed E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 777 ss.); R. DI MARIA, [Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti \(fondamentali\) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”](#). *The final cut*, in questa *Rivista*, 2020/1, 7 gennaio 2020, 1 ss.; F. ABRUSCIA, *Aspetti istituzionali*

parimenti non sporadici casi in cui si è assistito a gravi torsioni del ruolo dei giudici comuni, per quanto – com'è chiaro – gli uni siano maggiormente visibili rispetto ai secondi che, a motivo del numero elevatissimo delle pronunzie emesse dagli operatori di giustizia, rimangono talora sommersi, dimostrandosi assai arduo riuscire ad intercettarli.

È ad ogni buon conto chiaro che non di rado taluni guasti di cui si ha riscontro presso le sedi in cui si amministra giustizia, costituzionale e comune, si devono proprio alle acclamate e gravi carenze evidenziate dalle sedi della produzione giuridica, a partire da quelle in cui prendono forma gli atti primari di normazione. Non si dà, tuttavia, alcun automatismo in tal senso; e, comunque, gli autori delle torsioni in parola non possono di certo invocare quale alibi a “copertura” delle stesse la circostanza per cui si trovano obbligati a rimediare alle carenze suddette. Nulla, infatti, giustifica una innaturale commistione e confusione di ruoli che – piaccia o no – richiedono pur sempre di essere tenuti distinti.

Una testimonianza emblematica (in senso negativo) in tal senso si è non molto tempo addietro avuta con *Cappato*, laddove lo stesso giudice costituzionale ha confessato di porre in essere una scelta politico-normativa la cui adozione in un primo tempo è stata giudicata essere in via esclusiva riservata al legislatore, mentre in seguito ha esso stesso fatto luogo a quell'apprezzamento discrezionale che avrebbe dovuto restargli estraneo⁴¹.

5. Le soluzioni praticabili, a mezzo tanto di nuove regolarità quanto di nuove regole, costituzionali e non, al fine di ridare “qualità” alla produzione normativa come pure alla giurisdizione

Nel quadro qui sommariamente descritto è, dunque, da chiedersi se si diano, o no, le condizioni oggettive di contesto per un, seppur parziale, recupero del modello di rapporti istituzionali delineato nella Carta e quali possano essere le vie da battere in vista del raggiungimento della meta. Quali, in breve, le soluzioni che possono essere messe in atto per ridare “qualità” sia alla produzione normativa sia alla giurisdizione?

Sul termine “qualità” occorre intendersi, prestandosi ad essere caricato di plurimi ed anche non poco reciprocamente distanti significati⁴². Qui – come si è venuti dicendo – esso rileva non solo al piano tecnico-giuridico, risolvendosi a conti fatti in una appropriata confezione degli atti, nell'uso adeguato degli strumenti di cui ciascun operatore dispone, nella chiarezza degli enunciati, e via dicendo. Certo, tutto ciò ha primario rilievo e, dunque, anche questo versante richiede di essere battuto a modo. Basti solo por mente al fatto per cui enunciati legislativi provvisti di un linguaggio incerto o, diciamo pure, oscuro feriscono, a un tempo, la certezza del diritto in senso oggettivo e – per ciò che è qui di specifico interesse – la certezza dei diritti costituzionali, con riflessi d'immediata evidenza anche a carico dell'attività dei giudici e dei pratici del diritto in genere.

L'accezione della “qualità”, però, che sta ora maggiormente a cuore mettere in primo piano è

e deroghe processuali, in [Rivista AIC](#), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss. In prospettiva comparata, tra gli altri, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018, e, ora, i contributi al *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje al Prof. Roberto Romboli*, organizzato dal Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIIJUS), 8-10 ottobre 2020].

⁴¹ La vicenda, che si era ipotizzato potesse restare isolata, è tornata ora a riaffacciarsi in un altro caso, di cui alla ord. n. 132 del 2020, la cui definizione – come in *Cappato* – è stata rimandata di un anno (al giugno 2021). Il sostanziale abbandono del limite della discrezionalità del legislatore è segnalato con varietà di accenti da molti autori (di recente, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss., che ha discorso al riguardo del passaggio dalle “rime obbligate” ai “versi sciolti”), nel mentre un autorevole studioso e giudice costituzionale ha discorso di un “progressivo commiato dal teorema delle ‘rime obbligate’” (F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., spec. 115). In tema, v., infine, D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio Costituzionale](#), 6/2020, 3 novembre 2020.

⁴² Ne ha, ancora di recente, trattato A. MORELLI, [Il giudice robot e il legislatore naïf. La problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche](#), cit., 6 s.

quella che si coglie ed apprezza al piano e da una prospettiva assiologicamente connotati, risolvendosi in un servizio per i valori fondamentali dell'ordinamento e, per ciò stesso, delle persone (specie le più deboli e vulnerabili) che dalle sedi istituzionali tutte – ferma la tipicità dei ruoli – si attendono un congruo appagamento dei loro più avvertiti bisogni.

Per ciò che attiene all'esercizio della giurisdizione, nelle varietà delle sue articolazioni ed espressioni, molto può fare ciascun operatore anche a beneficio degli altri, oltre che di... *se stesso*.

Basti solo pensare a quell'autentica risorsa preziosa che è data dal c.d. “dialogo” tra le Corti, di quelle costituzionali (nell'accezione materiale sopra indicata) *inter se*, delle altre in cui si amministra la giustizia comune e di tutte assieme, nel loro disporsi in un mutuo dare-avere in seno ad un circolo che da se medesimo incessantemente si alimenta e rinnova. Il “dialogo” in parola, per vero, ha doppio volto, traducendosi non di rado in conflitti, anche aspri, tra gli operatori di giustizia (*Taricco docet*); alla lunga, però, come si è avuto modo di far notare altrove, per il fatto stesso di dover tenere conto l'una Corte dell'orientamento dell'altra o delle altre, appare essere maggiormente netto e marcato lo sforzo proteso alla ricerca di convergenze, di sintesi delle posizioni in campo complessivamente mediane ed appaganti.

Il “dialogo” poi – per ciò che è ora di maggior interesse – ha portato (e senza sosta porta) sia alla stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali e sia pure al loro reciproco rinnovamento; l'una e l'altro, nondimeno, bisognosi di prendere forma attraverso lo scrupoloso ossequio prestato dalla giurisdizione ai canoni che ne governano l'esercizio⁴³: la più efficace risorsa di cui si dispone al fine di vederne preservata la natura e, con essa, la tipizzazione del ruolo rispetto a quello proprio del legislatore⁴⁴.

Il “dialogo” poi – per ciò che è qui di specifico interesse – ha concorso fattivamente alla “invenzione” (nel senso proprio della loro scoperta in seno al corpo sociale ed emersione⁴⁵) a getto continuo di nuovi diritti per mano dei giudici, nei quali si specchia e risolve, per la sua parte, la rigenerazione semantica di cui beneficiano la Costituzione e le altre Carte, portate in tal modo ad espandersi ed a valorizzarsi sempre di più proprio grazie al soccorso che a vicenda si danno nel loro farsi diritto vivente.

Se ne ha, poi, una immediata ricaduta in ordine all'esercizio della legislazione che però – si faccia caso – ha una duplice proiezione. Per un verso, infatti, una coraggiosa ed incisiva giurisprudenza, frutto di orientamenti convergenti delle Corti, sollecita talvolta il legislatore a prenderne consapevolezza ed a “razionalizzarla”, sia pure non di rado con adattamenti anche di sostanza. Per un altro verso, però, può, per la sua parte, concorrere a “deresponsabilizzare” il legislatore, una volta che la disciplina normativa già si abbia ad opera dei giudici, rendendosi perciò disponibile per le esigenze

⁴³ Una questione, questa, che si presenta particolarmente spinosa con riferimento ai giudici avverso le cui pronunzie non si dà alcuna impugnazione (e, segnatamente, alla Corte costituzionale, dal momento che le decisioni dei giudici comuni non più impugnabili per via ordinaria possono poi pur sempre porsi ad oggetto di ricorso per conflitto di attribuzioni davanti alla Consulta).

⁴⁴ Ho ripetutamente invitato a fermare l'attenzione sul punto, di cruciale rilievo quanto alle esperienze della giurisdizione costituzionale, proprio in considerazione del fatto che le decisioni della Corte sono sottratte – come si è rammentato poc'anzi – a qualunque impugnazione. *Cappato* ha, di recente, reso eloquente testimonianza della confusione dei ruoli istituzionali, avvalorata dal superamento, nella pronunzia di fine partita, del limite della discrezionalità del legislatore invece fatto valere nella prima decisione.

⁴⁵ Da una prospettiva di più largo raggio, si è fatto notare da un'autorevole dottrina (P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017) essere compito delle leggi in genere e, in ispecie, della Costituzione raccogliere quanto è racchiuso negli strati più profondi del corpo sociale, portarlo alla luce e darvi forma e regolazione. Dal mio canto, vado da tempo argomentando la tesi secondo cui per diritti fondamentali s'intendono i bisogni maggiormente diffusi ed avvertiti in seno al corpo stesso e il cui mancato appagamento non consentirebbe all'esistenza umana di qualificarsi come libera e dignitosa. È per ciò che, a mio parere, i nuovi diritti richiedono di essere positivizzati (“riconosciuti”, in senso proprio) a mezzo di leggi costituzionali che li estrarrebbero dagli strati più profondi del corpo sociale, secondo quanto si preciserà meglio a momenti, non già demandati ad una disciplina data a prima battuta con legge comune. Le carenze denunciate da quest'ultima obbligano, poi, come si viene dicendo, ad un anomalo ruolo “sussidiario” dei giudici, in disprezzo della naturale precedenza per Costituzione accordata alla legge, in ciascuna delle sue articolazioni (quale legge costituzionale in primo luogo, ordinaria secondariamente).

della pratica giuridica.

Il nodo non sciolto della questione ora nuovamente discussa rimane, però, quello della crisi della legge, nella quale si traduce ed emblematicamente esprime quella crisi della rappresentanza politica su cui – come si sa – sono stati sparsi (e seguitano a spargersi) fiumi d'inchiostro. A poco o a nulla, infatti, valgono i rimedi che possono essere messi in atto al piano della giurisdizione⁴⁶, se poi restano non colmate le strutturali, vistose carenze delle quali *ab antiquo* e via via in misura crescente si ha riscontro in seno alla rappresentanza politica ed al sistema da cui essa si alimenta.

Si pensi, ad es., ad un eventuale aggiornamento, a mezzo delle procedure di cui all'art. 138, del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali o dell'ulteriore rinvigorimento delle garanzie previste per i diritti già riconosciuti. La qual cosa è già stata caldeggiata altrove al fine di evitare che soluzioni normative del massimo rilievo risultino nella disponibilità della maggioranza politica di turno che possa a piacimento disporre, magari facendo e disfacendo in un breve arco temporale quanto la stessa ha dapprima disposto. Non si trascuri, poi, che i nuovi diritti partecipano ad operazioni di "bilanciamento" sia *inter se* che con i vecchi ed è pertanto di cruciale rilievo che la disciplina concernente i primi, per ciò che attiene al loro iniziale riconoscimento (alla "invenzione", nell'accezione sopra chiarita), si presenti, verosimilmente, quale il frutto delle più larghe convergenze politiche e, dunque, dell'incontro necessario di maggioranza ed opposizioni, quale solo lo strumento della legge costituzionale può verosimilmente assicurare⁴⁷.

Ebbene, qui pure, così come poi al piano della regolazione con legge comune, si tocca con mano quanto sia fitto il nodo della rappresentanza politica, cui si faceva poc'anzi cenno, con effetti anzi di ancora maggiore gravità per quanto attiene alle dinamiche della produzione normativa di forma costituzionale, dal momento che quest'ultima laddove non dovesse essere fatta a modo sarebbe foriera di guasti incalcolabili, a motivo del condizionamento che è in grado di esercitare su quella comune e sulle pratiche giuridiche in genere. Di conseguenza, gli operatori istituzionali (a partire, appunto, dai giudici) si troverebbero quindi obbligati a far luogo a delle vere e proprie acrobazie interpretative nell'intento di ricucire un tessuto normativo a brandelli, tanto più temerarie e rischiose quanto maggiore dovesse essere la estensione del campo materiale attraversato dalla normazione costituzionale⁴⁸.

Il vero è che, al fine di uscire da una condizione d'*impasse* che parrebbe dimostrarsi insuperabile, non resta che tentare di operare simultaneamente su più piani, sorretti e alimentati dalla speranza che il circolo vizioso nel quale in atto si dispongono alcune delle più salienti espressioni della pratica politico-normativa e giurisdizionale si converta in virtuoso, avviandosi dunque processi di mutua e salutare ricarica in ambito politico ed in ambito istituzionale. Occorre, cioè, immaginare sia nuove *regolarità* degli operatori politici e sia pure nuove *regole* di diritto, costituzionali e non, che possano darsi mutuo sostegno, concorrendo tutte alla rigenerazione dell'istituto-cardine della vita istituzionale, la rappresentanza politica.

Così, per un verso, è necessario un profondo rinnovamento delle dinamiche interne ai partiti ed ai movimenti politici in genere, di cui si abbia riscontro non soltanto al piano della definizione dei programmi ma anche a quello della scelta delle persone investite di responsabilità di direzione politica e, ovviamente, a quello della messa a punto delle candidature per le elezioni a tutti i livelli

⁴⁶ ... a partire da quelli concernenti il reclutamento, l'organo di garanzia dell'autonomia ed indipendenza dei giudici e, ancora risalendo, quanto di buono potrebbe esser fatto già nei corsi universitari d'insegnamento delle discipline giuridiche.

⁴⁷ È pur vero che – come si sa – si sono avute revisioni costituzionali, realizzate ovvero tentate, a colpi di maggioranza. Non è però chi non veda come altro sia una innovazione, pur di primario rilievo, apportata ai meccanismi dell'organizzazione ed altra cosa una riguardante la parte sostantiva della Carta, cui non a caso è data la precedenza nella sistematica costituzionale, riconoscendosene il carattere d'immediato e diretto svolgimento dei principi fondamentali.

⁴⁸ Altamente istruttiva al riguardo la vicenda del Titolo V, praticamente riscritto di sana pianta – come si è fatto più volte notare – per mano della Consulta.

istituzionali, da quelli locali fino a quello nazionale e sovranazionale⁴⁹.

Per un altro verso, occorre produrre uno sforzo di progettazione normativa orientato verso la Carta costituzionale e i suoi valori che porti alla messa a punto di una disciplina elettorale congrua rispetto allo scopo, idonea cioè a dare il proprio apporto alla selezione di persone culturalmente attrezzate per far fronte agli impegni connessi al *munus* di cui saranno investite. Similmente, poi, per le altre normative cui bisognerà ugualmente mettere mano, a partire da quelle costituzionali e di legge comune, nonché dei regolamenti camerati, in seno ai quali si dovrà pensare a procedure meno farraginose di quelle in atto previste per la formazione delle leggi e, in genere, per lo svolgimento della dialettica parlamentare, e via dicendo.

Insomma (e per chiudere), la crisi della legge s'inscrive al cuore di un quadro politico ed istituzionale internamente composito ed articolato e può, dunque, essere fronteggiata, con le risorse in atto disponibili ed inventandone di nuove, solo ponendo congiuntamente mano ad un complessivo processo riformatore ispirato dai (e fermamente orientato verso i) valori costituzionali, nell'intento di assicurarne – fin dove possibile – l'inveramento in un'esperienza in atto dagli stessi non poco discosta e gravata da contraddizioni non rimosse ed ipoteche culturali pesanti, le une e le altre purtroppo assai dure da rimuovere.

⁴⁹ Non si trascuri il rilievo della scelta di coloro che dovranno trovare posto in seno al Parlamento europeo, specie da quando quest'ultimo è stato chiamato a concorrere fattivamente con il Consiglio e con gli altri organi dell'Unione allo svolgimento di attività di direzione politica e di produzione normativa.

Daniele Casanova

L'ordinanza n. [132 del 2020](#) sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*

ABSTRACT: *The Constitutional Court, with its ruling n. [132/2020](#), postponed until the 22 of June 2021 the valuation about the fact that the prison sentence is applied as a punishment for libel. In the article, the author sets the libel in the framework of the Italian legal system and recalls the jurisprudence of the European Court of Human Rights. At the end, the author analyses the reasons that led the Constitutional Court to issue the ruling and the relationship between Parliament and the Constitutional Court in relation to this new decisional technique.*

SOMMARIO: 1. Il rinvio della decisione in tema di diffamazione a mezzo stampa. – 2. Le ragioni dell'ordinanza. – 3. Le ordinarie modalità di decisione che la Corte costituzionale avrebbe potuto adottare. – 3.1. L'impossibilità di un'ordinanza di inammissibilità con monito al legislatore – 3.2 La preannunciata dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena detentiva. – 4. Gli effetti dell'ordinanza sui soggetti interessati. – 5. I dubbi sull'utilizzo di questa tecnica decisoria.

1. *Il rinvio della decisione in tema di diffamazione a mezzo stampa.*

«La nuova tecnica processuale scaturiva dalla necessità di contemperare una duplice esigenza: da un lato, *rimuovere un vizio di incostituzionalità* dalla disposizione dell'art. 580 cod. pen. e, dall'altro, e questo è il punto che mi preme sottolineare, *lasciare in prima battuta al legislatore lo spazio per intervenire in una materia altamente sensibile, oggetto di profondi dibattiti nell'opinione pubblica, che esige che le dinamiche politiche e culturali trovino modo di ricomporsi anzitutto nelle sedi politiche*»¹.

Con queste parole l'allora Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia, nella relazione sulle pronunce della Corte costituzionale del 2019, spiegava le ragioni che avevano indotto ad introdurre una nuova tecnica decisoria per la risoluzione del noto caso Cappato². Nello specifico, la Corte costituzionale per la prima volta con una decisione del tutto inedita aveva emesso un'ordinanza ([n. 207 del 2018](#)) nella quale, pur dando importanti motivazioni nel merito della questione di legittimità costituzionale promossa dal giudice rimettente, aveva rinviato la trattazione della questione e il relativo momento decisorio ad una data futura e certa³.

L'emanazione di una ordinanza con la quale si posticipa il momento effettivo della decisione da parte della Corte costituzionale si è ripetuta più recentemente con l'ordinanza [n. 132 del 2020](#)⁴. In

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ M. CARTABIA, [L'attività della Corte costituzionale nel 2019](#) (enfasi aggiunta).

² Simile alla tipologia di decisione adottata dalla Corte costituzionale è la proposta avanzata da Massimo Luciani in relazione alle sentenze della Corte costituzionale che introducano oneri di spesa. Secondo l'Autore, infatti, un'ipotesi potrebbe essere «quella dell'adozione di una sentenza parziale, nella quale enunciare il “principio” dell'incostituzionalità della legge in assenza del reperimento delle risorse necessarie entro il termine indicato, con contestuale fissazione di una nuova udienza subito dopo la scadenza di tale termine. A seguito della seconda udienza si potrebbe adottare la sentenza definitiva, che - ovviamente - sarebbe di rigetto o di accoglimento a seconda della risposta data dal legislatore» (M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 3/2016, 17).

³ Nell'ordinanza [n. 207 del 2018](#), decisa il 24 ottobre 2018, la Corte costituzionale ha rinviato la trattazione della questione al 24 settembre 2019.

⁴ In commento all'ordinanza si vedano A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato \(nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020\)](#), in

questa occasione, la Corte costituzionale ha rinviato la causa in discussione all'udienza pubblica del 22 giugno 2021, cioè a poco più di un anno di distanza dalla data dell'udienza pubblica e della decisione in commento, entrambe del 9 giugno 2020⁵.

La questione di legittimità costituzionale discussa dalla Corte costituzionale è stata sollevata da due Tribunali ordinari (il Tribunale ordinario di Salerno e di Bari) e ha a oggetto la questione relativa alla pena detentiva prevista per il reato di diffamazione a mezzo stampa.

In particolare, il Tribunale ordinario di Salerno solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 595, terzo comma, del Codice penale e 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47. Nel primo caso si prevede che «Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516». Nel secondo caso, invece, si stabilisce che quando la diffamazione a mezzo stampa sia effettuata mediante «l'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a 258 euro».

Secondo il giudice rimettente, le disposizioni richiamate sarebbero da considerarsi illegittime poiché, in sostanza, la previsione di una pena detentiva per i reati di diffamazione a mezzo stampa sarebbe «manifestamente irragionevole e totalmente sproporzionata rispetto alla libertà di manifestazione di pensiero, anche nella forma del diritto di cronaca giornalistica, fondamentale diritto costituzionalmente garantito dall'art. 21 Cost., la cui tutela, in assenza di contrari interessi giuridici interni prevalenti, non può che essere favorevolmente estesa nelle forme stabilite dalla giurisprudenza della Corte Edu, eliminando così, salvi i “casi eccezionali”, anche la mera comminazione di qualunque pena detentiva»⁶.

L'oggetto della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale ordinario di Bari, invece, è il solo art. 13 della legge n. 47 del 1948, «nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa” della reclusione e della multa, “invece che in via alternativa”»⁷. In questo caso, a partire dalle pronunce della Corte Edu, il tribunale richiede al giudice costituzionale di dichiarare illegittima la previsione della pena cumulativa. A seguito di una pronuncia di questo tipo, secondo il tribunale di Bari, i giudici di merito potrebbero «verificare in concreto la sussistenza delle circostanze eccezionali in cui la gravità della condotta e dell'offesa che ne deriva giustifica l'irrogazione di una

questa [Rivista, Studi 2020/II](#), 406 ss.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 3/2020, 104 ss.; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, in questa [Rivista, Studi, 2020/III](#), 545 ss.; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 27/2020, 206 ss.; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in [Osservatorio costituzionale](#), 5/2020, 121 ss., e le osservazioni sul tema di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale italiana*, Bonomia University Pressi, Bologna, 2020, 164 ss.

⁵ La decisione della Corte costituzionale è stata anticipata con l'ormai sempre più usuale comunicato stampa nel quale si indicavano le prime sommarie motivazioni di tale decisione. In particolare, nel comunicato si sottolineava che «La Corte ha rilevato che la soluzione delle questioni richiede una complessa operazione di bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione della persona, diritti entrambi di importanza centrale nell'ordinamento costituzionale. Una rimodulazione di questo bilanciamento, ormai urgente alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, spetta in primo luogo al legislatore. Poiché sono attualmente pendenti in Parlamento vari progetti di legge in materia, la Corte, nel rispetto della leale collaborazione istituzionale, ha deciso di rinviare la trattazione delle questioni all'udienza pubblica del 22 giugno 2021, per consentire alle Camere di intervenire con una nuova disciplina della materia. In attesa della futura decisione della Corte, restano sospesi i procedimenti penali nell'ambito dei quali sono state sollevate le questioni di legittimità discusse oggi». Sull'utilizzo dei comunicati stampa da parte della Corte costituzionale si vedano le riflessioni di L. CARLASSARE, M. C. GRISOLIA, V. ONIDA, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, C. SALAZAR, nel *Forum I comunicati stampa della Corte costituzionale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 1/2020, 358 ss.

⁶ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*.

⁷ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 2 del *Ritenuto in fatto*.

pena detentiva, lasciando così un adeguato spazio discrezionale utile per conformare la decisione giurisdizionale nazionale ai principi dell'ordinamento CEDU in materia»⁸.

In via preliminare va notato che anche se è stato utilizzato lo stesso schema decisionale adottato nel caso Cappato vi è una netta distinzione circa il tema che la Corte costituzionale si trova ad affrontare. Nel caso dell'ordinanza [n. 207 del 2018](#), come sottolineato dalla Corte stessa, l'esigenza di pervenire all'innovativa tecnica di decisione era dettata anche dall'«altissima sensibilità etico-sociale» della materia sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale⁹ che richiederebbe, per tale ragione, «un approccio prudente delle corti»¹⁰. Viceversa, nel caso in discussione pur in presenza di un tema, quello della diffamazione mezzo stampa, certamente importante – che pone le problematiche di un ragionevole bilanciamento tra il fondamentale diritto della libertà di manifestazione del pensiero, alla corretta informazione dei cittadini, alla libertà giornalistica con la tutela penale della reputazione della persona offesa – esso non è comunque equiparabile ad una questione alquanto delicata come quella relativa alla criminalizzazione dell'aiuto al suicidio.

Ad un primo sguardo, quindi, sembrano venir meno quelle peculiarità e quelle attenzioni che avrebbero legittimato, secondo una parte della dottrina¹¹, la decisione contenuta nell'ordinanza n. [207 del 2018](#).

In definitiva, la nuova tecnica processuale si sta rivelando una modalità di decisione che può assumere sempre più un utilizzo “ordinario” nel tempo¹². Da qui la necessità di indagare, da un lato, se essa sia effettivamente nella disponibilità della Corte costituzionale e, dall'altro, come essa si pone nei confronti del legislatore.

2. Le ragioni dell'ordinanza.

Per poter analizzare le ragioni per le quali la Corte costituzionale ha adottato l'ordinanza in esame è opportuno partire dalla copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in modo tale da comprendere “che cosa” la Corte costituzionale “stia chiedendo” al Parlamento e cercare di scovare la ragione per cui la Corte costituzionale non sia ricorsa ad altre più consuete tecniche di risoluzione del giudizio di legittimità costituzionale sollevato in via incidentale.

⁸ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 2.1 del *Ritenuto in fatto*.

⁹ Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), punto 10 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), punto 11 del *Considerato in diritto* (richiamando sul punto la sentenza della Corte Suprema del Regno Unito nella sentenza Nicklinson del 25 giugno 2014).

¹¹ In questo senso, F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 giugno 2019, 1, il quale sottolinea che date le numerose «peculiarità del “caso Cappato” [...] la scelta della Corte costituzionale di utilizzare uno strumento decisorio del tutto *inedito appare una soluzione “al limite”, difficilmente ripetibile*» (enfasi aggiunta). In senso analogo anche E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, 543.

¹² Come del resto, parte della dottrina aveva auspicato dopo la prima ordinanza di tale tipologia emessa nel caso Cappato. In questo senso, per esempio, B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno: i vincoli di coerenza imposti dalla ordinanza n. 207/2018*, in AA.VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale*, Firenze, 2019, la quale sembra auspicare che questa prima decisione «possa offrire il primo esempio di una vera e propria nuova tipologia monitoria di (una sola) decisione (resa) in due tempi». Allo stesso modo, F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2019, 6, auspica che «la nuova soluzione processuale [possa] avere ulteriori sviluppi, divenendo vera e propria regola processuale». In senso analogo anche M. D'AMICO, *Il “Caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2019, 1 s. Sul punto si vedano le preoccupazioni per un'eventuale utilizzo “disinvolto” di questa nuova modalità di decisione di 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, 573 e R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, cit., 106. Si veda inoltre quanto si dirà *infra* § 5.

La maggior parte delle argomentazioni della Corte costituzionale e dei giudici ordinari (in particolare quello di Salerno) sono fondate sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che è intervenuta spesso in merito ai reati connessi all'attività giornalistica. In linea di principio, la Corte Edu ha valutato negativamente la previsione della pena detentiva all'interno degli ordinamenti perché sarebbe in contrasto con l'art. 10 della Convenzione nel quale si prevede la libertà di espressione.

Il *leading case* di questa giurisprudenza è rappresentato dalla sentenza *Cumpănă e Mazăre c. Romania* del 2004. In quell'occasione, la Corte ha sancito che la condanna ad una pena detentiva per un «reato di stampa» non è compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti garantita dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹³ e che, tuttavia, la pena detentiva potrebbe non essere considerata in contrasto con detto principio in alcune *circostanze eccezionali*, in particolare laddove altri diritti fondamentali siano stati seriamente compromessi, come, ad esempio, nei casi di incitamento all'odio o alla violenza¹⁴.

Allo stesso tempo, con la sentenza in esame, è stato anche sancito che per configurarsi una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non è essenziale che nel caso concreto la pena inflitta al giornalista sia stata effettivamente eseguita, bastando quindi la sola previsione della pena detentiva nella legislazione nazionale per incorrere in una condanna da parte della Corte nei confronti dello Stato¹⁵.

Nel solco di questa prima decisione, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha più volte sanzionato l'Italia perché, nel caso concreto, ha comminato la pena detentiva per alcuni reati commessi nell'esercizio della libertà di stampa¹⁶. In particolare l'Italia è stata condannata in tre occasioni: *Belpietro c. Italia*¹⁷; *Ricci c. Italia*¹⁸ e, da ultimo, nel caso *Sallusti c. Italia*¹⁹.

Il caso *Belpietro c. Italia* del 2013 prende le mosse da un ricorso del giornalista avverso una condanna che gli era stata inflitta in qualità di direttore di una testata giornalistica. Maurizio Belpietro era stato condannato al pagamento di una somma risarcitoria e a quattro mesi di reclusione per omesso

¹³ Corte Edu, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, ric. n. 33348/96, § 113.

¹⁴ Corte Edu, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, ric. n. 33348/96, § 115. Sull'eccezionalità delle ipotesi si vedano A. GULLO, *La Tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in [Diritto penale contemporaneo](#), n. 1/2016, 6 s., e S. BERSANO BEGEY, *La diffamazione a mezzo stampa: le più recenti posizioni della Corte di Cassazione e della CEDU. I progetti di depenalizzazione*, in [Questione giustizia](#), 28 aprile 2016, spec. § 2.

¹⁵ La Corte EDU sottolinea, infatti, che «The circumstances of the instant case – a classic case of defamation of an individual in the context of a debate on a matter of legitimate public interest – present no justification whatsoever for the imposition of a prison sentence. Such a sanction, by its very nature, will inevitably have a chilling effect, and the fact that the applicants did not serve their prison sentence does not alter that conclusion, seeing that the individual pardons they received are measures subject to the discretionary power of the President of Romania; furthermore, while such an act of clemency dispenses convicted persons from having to serve their sentence, it does not expunge their conviction» (§ 116).

¹⁶ Per una ricostruzione delle condanne inflitte all'Italia si veda D. BUTTURINI, *La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno*, in [Media Laws](#), 3/2019, e, da ultimi, M. PISAPIA, C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale*, in [Giurisprudenza penale web](#), 6/2020, 12 ss.

¹⁷ Sul caso specifico si vedano A. GIUDICI, *Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 26 settembre 2013; M. CUNIBERTI, *Pene detentive per la diffamazione, responsabilità del direttore e insindacabilità delle opinioni del parlamentare: il "caso Belpietro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2014; F. VIGANÒ, *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta ad un giornalista*, in [Quaderni costituzionali](#), 1/2014, 177 ss.

¹⁸ Sul caso Ricci si vedano, in particolare, le annotazioni di S. ROSSETTI, *La corte Edu sul bilanciamento tra riservatezza delle comunicazioni e libertà di espressione del giornalista*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 5 novembre 2013.

¹⁹ Sul caso Sallusti si vedano, tra gli altri, S. LONATI, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del cd. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, in [Media Laws](#), 1/2020, 69 ss., e M. BERNARDINI, *Ancora sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione. Il caso Sallusti al vaglio della Corte EDU*, in [Diritti Comparati](#), 17 giugno 2019, 1 ss.

controllo, ai sensi dell'articolo 57 del codice penale, di un articolo diffamatorio apparso sul quotidiano da lui diretto. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che nonostante nel caso concreto sia stata applicata la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena, il solo fatto di aver condannato il giornalista alla pena detentiva «abbia potuto avere un effetto deterrente notevole»²⁰ rispetto all'esercizio del diritto di cronaca e di critica. Inoltre, secondo la Corte, il «quantum» e «la natura» della sanzione comminata al giornalista rappresenta una «ingerenza nel diritto alla libertà di espressione [...] non [...] proporzionata agli scopi legittimi perseguiti» dal legislatore italiano²¹.

Allo stesso modo, anche nel caso *Ricci c. Italia* del 2013, che non aveva ad oggetto una condanna per diffamazione mezzo stampa ma una condanna a quattro mesi e cinque giorni di reclusione per il reato di illecita divulgazione di comunicazioni riservate *ex art. 617 quater*, secondo comma, del codice penale, la Corte Edu, dopo aver ricordato che «la condanna di un giornalista per divulgazione di informazioni [riservate] può dissuadere i professionisti dei media dall'informare il pubblico su questioni di interesse generale»²², ha rimarcato che lo Stato incorre nella violazione dell'art. 10 della Convenzione, indipendentemente però dalla circostanza che nel caso concreto la pena alla detenzione sia stata effettivamente scontata. Anche in questo caso, nonostante la sospensione condizionale della pena e l'intervenuta prescrizione del reato dichiarata dalla Corte di Cassazione, la Corte Edu sottolinea di nuovo «che il fatto di infliggere una pena detentiva abbia potuto avere un effetto dissuasivo significativo. Peraltro, il caso di specie [...] non era segnato da alcuna circostanza eccezionale tale da giustificare il ricorso ad una sanzione così severa»²³.

Infine, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo è tornata sul tema della diffamazione a mezzo stampa con la più recente sentenza *Sallusti c. Italia* del 2019 che nasce dal ricorso avverso una condanna ad un anno e due mesi al direttore del quotidiano *Libero* per omesso controllo, ai sensi dell'art. 57 del codice penale, in relazione ad un editoriale apparso sulla testata dallo stesso diretta.

Anche in questa occasione, la Corte Edu ha avuto modo di sottolineare che, nonostante la pena detentiva sia stata solo parzialmente eseguita in ragione dell'intervenuto provvedimento di grazia concessa dal Presidente Napolitano nel 2012²⁴, «l'irrogazione di una pena detentiva, ancorché sospesa, per un reato connesso ai mezzi di comunicazione, possa essere [considerata] compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti garantita dall'articolo 10 della Convenzione soltanto in circostanze eccezionali» che, secondo la Corte, non sono ravvisabili nel caso in esame. A questo, inoltre, è interessante aggiungere che i Giudici sottolineano che l'atto di clemenza del Presidente della Repubblica, in ogni caso, «non estingue gli effetti penali della loro condanna»²⁵.

Dalla giurisprudenza della Corte Edu, che è stata richiamata anche dalla Corte costituzionale, si ricava che per la violazione dei parametri indicati nella Convenzione non è rilevante che nel nostro ordinamento, a fronte di una disciplina penale della diffamazione a mezzo stampa alquanto rigida²⁶, siano relativamente sporadici i casi in cui viene comminata una pena detentiva e, tra questi, ancor più rari i casi in cui la pena venga effettivamente espiata dal soggetto che ha subito la condanna²⁷. In questa prospettiva, non sembra rilevare nemmeno il fatto che l'orientamento della giurisprudenza di

²⁰ Corte Edu, *Belpietro c. Italia*, ric. n. 43612/10, § 61.

²¹ Corte Edu, *Belpietro c. Italia*, ric. n. 43612/10, § 62.

²² Corte Edu, *Ricci c. Italia*, ric. n. 30210/06, § 51. Nel merito, infatti la Corte «ritiene che l'interessato volesse comunicare informazioni o idee e che la sua condanna abbia costituito una ingerenza nel suo diritto alla libertà di espressione» (§ 42).

²³ Corte Edu, *Ricci c. Italia*, ric. n. 30210/06, § 59.

²⁴ Il Presidente della Repubblica Napolitano con il provvedimento di grazia aveva commutato la pena da detentiva a pecuniaria. Sul caso si veda, per tutti, la ricostruzione di S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014, 250 ss.

²⁵ Corte Edu, *Sallusti c. Italia*, ric. n. 22305/13, § 59

²⁶ Corte Edu, *Sallusti c. Italia*, ric. n. 22305/13, § 62.

²⁷ È interessante notare che, per esempio, nel periodo 2011-2015 a fronte di venti giornalisti condannati alla reclusione solo in un caso il giornalista ha scontato effettivamente la pena detentiva in carcere e un altro la reclusione domiciliare. I dati sono riportati da G. E. VIGEVANI, *Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 3/2015, 14.

merito sia volto a circoscrivere le fattispecie di reato all'interno di canoni ben definiti e più restrittivi rispetto a quello che, *prima facie*, potrebbe suscitare la lettura della fattispecie di reato contemplata nel codice penale e nella legge sulla stampa²⁸.

In definitiva, quel che rileva è che, tranne i casi eccezionali, «l'inflizione di pene detentive, e prima ancora la loro stessa *previsione* da parte del legislatore, in relazione a fatti di diffamazione o ad altri reati che tipicamente possono essere commessi per mezzo della stampa, possa spiegare un *effetto di intimidazione* (un “chilling effect”, per riprendere testualmente l'efficace espressione utilizzata dalla Corte) nei confronti della *generalità* dei giornalisti»²⁹, poiché dinanzi alla previsione di pene detentive «la stampa potrebbe non essere più in grado di svolgere il suo ruolo indispensabile di “cane da guardia” e la sua idoneità a fornire informazioni precise e affidabili potrebbe essere indebolita»³⁰.

Dinanzi a questo quadro normativo (italiano) e giurisprudenziale (europeo) la Corte costituzionale non nasconde i limiti della legislazione statale in tema di diffamazione a mezzo stampa.

Secondo i Giudici, il bilanciamento operato dal legislatore allo stato attuale «è divenuto ormai inadeguato»³¹, perché non più in grado di rispondere a tutti gli interessi in campo³². La Corte costituzionale sottolinea, quindi, che un nuovo bilanciamento, diverso da quello operato dalle disposizioni sottoposte al giudizio di legittimità costituzionale, «tra [la] libertà di manifestazione del pensiero e [la] tutela della reputazione individuale» è «*necessari[o] e urgente*»³³.

La Corte costituzionale però ritiene che non debba essere lei (almeno al momento) a dover decidere in tal senso, in particolar modo perché una sentenza con la quale venisse dichiarata l'illegittimità costituzionale comporterebbe il «rischio che [...] si creino lacune di tutela effettiva per i controinteressi in gioco, seppur essi stessi di centrale rilievo nell'ottica costituzionale»³⁴.

È su queste premesse che si fonda questa modalità decisionale della Corte costituzionale. Essa, “decide di non decidere” e rinvia la causa all'anno venturo per consentire al legislatore di approvare «una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali sopra illustrati» anche in

²⁸ In questo senso si veda almeno la sentenza della Corte di Cassazione n. 5259 del 18 ottobre 1984, che ha statuito che «il diritto di stampa (cioè la libertà di diffondere attraverso la stampa notizie e commenti) [...] è legittimo quando concorrano le seguenti tre condizioni: 1) utilità sociale dell'informazione; 2) verità (oggettiva o anche soltanto putativa purché, in quest'ultimo caso, frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti; 3) forma “civile” della esposizione dei fatti e della loro valutazione».

²⁹ F. VIGANÒ, *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta ad un giornalista*, cit. 178. In senso analogo si veda anche A. GIUDICI, *Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU*, cit., §6, il quale osserva che «la condanna alla reclusione, di per sé sola, è idonea a determinare un contrasto con l'art. 10 CEDU, in quanto non proporzionata agli scopi legittimi perseguiti».

³⁰ Corte Edu, Ricci c. Italia, ric. n. 30210/06, § 51.

³¹ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 7.3 del *Considerato in diritto*.

³² Nuovo bilanciamento che non deriva esclusivamente dalla violazione dell'art. 10 della Carta europea dei diritti dell'uomo, ma discende anche direttamente dalle prescrizioni della Costituzione italiana. Per la Corte costituzionale, infatti, sembrerebbe che ad essere inadeguato sia il bilanciamento effettuato dal legislatore tra l'art. 2 (e la reputazione della persona in esso ricompresa) e l'art. 21 della Costituzione. In questo senso, inoltre, si dovrebbe considerare che, come è stato puntualmente rilevato, «l'art. 21 Cost. prevede una più ampia tutela della libertà di manifestazione del pensiero a mezzo stampa, rispetto all'art. 10 CEDU, non prevedendo tutte quelle limitazioni che, al contrario, quest'ultimo appone in via formale» (D. BUTTURINI, *La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU*, cit., 79). In effetti, il parametro sollevato (l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo) prevede che questa libertà possa essere sottoposta «alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario». Diversamente, l'unico limite espresso riscontrabile nell'art. 21 della Costituzione è ravvisabile nel buon costume, al quale, come ricorda anche la Corte costituzionale nell'ordinanza in commento, vanno aggiunti la tutela dell'onore della persona offesa e della reputazione personale.

³³ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 6.3. del *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta).

³⁴ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 8 del *Considerato in diritto*.

considerazione dei «vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa [che] risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere»³⁵.

3. *Le ordinarie modalità di decisione che la Corte costituzionale avrebbe potuto adottare.*

Se l'assunto dal quale muove la Corte costituzionale è quello, per le motivazioni dette, di non poter decidere al momento della trattazione della causa, va preliminarmente valutato se effettivamente la Corte costituzionale non aveva altre vie per concludere la questione di legittimità costituzionale attraverso le già sperimentate tipologie di sentenza. In particolare, partendo dal presupposto che una sentenza di rigetto era del tutto da escludersi dato che la Corte sembra riconoscere la sussistenza di «un problema di conformità tra le previsioni interne e i principi enucleati dalla Corte europea»³⁶, è da indagare se (e in che misura) era possibile emanare una decisione di inammissibilità con eventuale monito al legislatore ovvero una sentenza nella quale accogliere alcune delle questioni sollevate dai giudici di merito. Al contempo, questa analisi è utile per cercare di comprendere come la Corte costituzionale concluderà il processo costituzionale e la tipologia di sentenza che verrà adottata a seguito della nuova trattazione della causa³⁷.

3.1. *L'impossibilità di un'ordinanza di inammissibilità con monito al legislatore.*

La prima ipotesi da prendere in considerazione è quella di una decisione di inammissibilità con eventuale monito al legislatore.

Tale modalità di decisione è stata notoriamente utilizzata dalla Corte costituzionale in diverse occasioni, nelle quali ha ammesso esplicitamente che dinanzi alla varietà di soluzioni che possono essere prospettate la questione di legittimità costituzionale deve essere dichiarata inammissibile in ragione della discrezionalità del legislatore e, in particolar modo, quando la Corte non possa adottare una soluzione a «rime obbligate»³⁸.

Rispetto al precedente caso Cappato, la Corte costituzionale nell'ordinanza in esame non dichiara una espressa volontà di non pervenire ad una decisione di inammissibilità.

Nell'ordinanza [n. 207 del 2018](#) la Corte costituzionale si era, infatti, preoccupata di motivare espressamente le ragioni sottese alla volontà di non voler adottare nel caso specifico una dichiarazione di inammissibilità con monito al legislatore, ricordando che «questa tecnica decisoria ha, tuttavia,

³⁵ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 8 del *Considerato in diritto*. Va sottolineato, peraltro, che in tema di diffamazione a mezzo stampa anche il Presidente della Repubblica Napolitano, nell'atto di concedere la grazia a Sallusti (v. *supra* nota 24) aveva a suo modo «sollecitato» un intervento del Parlamento. Nel comunicato che dava notizia della concessione della grazia è stato sottolineato che «Si è anche valutato che la volontà politica bipartisan espressa in disegni di legge e sostenuta dal governo, non si è ancora tradotta in norme legislative per la difficoltà di individuare, fermo restando l'obbligo di rettifica, un punto di equilibrio tra l'attenuazione del rigore sanzionatorio e l'adozione di efficaci misure risarcitorie. Con il provvedimento di commutazione della pena detentiva, il Presidente della Repubblica *ha inteso avviare a una contingente situazione di evidente delicatezza, anche nell'intento di sollecitare, nelle istituzioni e nella società, una riflessione sull'esigenza di pervenire a una disciplina più equilibrata ed efficace dei reati di diffamazione a mezzo stampa*» (comunicato «*A proposito della commutazione della pena ad Alessandro Sallusti*» del 21 dicembre 2012, enfasi aggiunta).

³⁶ M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 132.

³⁷ A tal proposito, la Corte costituzionale rinvia espressamente nel dispositivo della sentenza ad una nuova trattazione della causa. Come è stato fatto notare però le «questioni sono già state *trattate* ed in maniera approfondita. Tanto da permettere, al giudice delle leggi, nella parte motiva della sua decisione, di argomentare, recisamente, l'illegittimità della normativa impugnata» (R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, cit., 105).

³⁸ Come noto l'espressione è di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA. VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84.

l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. L'eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare»³⁹.

Nel caso in esame, invece, questa possibilità non è nemmeno presa in considerazione dalla Corte costituzionale, la quale ricorda solamente che «anche in questa occasione questa Corte non può e non intende sottrarsi»⁴⁰ dal compito di valutare la legittimità costituzionale delle leggi, senza però riferirsi esplicitamente all'ipotesi dell'inammissibilità⁴¹.

In questa prospettiva, quindi, l'osservazione per la quale, in riferimento al caso Cappato, «la tecnica dell'incostituzionalità differita non è un *minus* rispetto ad una immediata declaratoria di incostituzionalità dagli esiti dirompenti, ma piuttosto un *plus*, quanto all'effettività dei diritti costituzionali, *rispetto alla radicata tendenza a rifugiarsi nella soluzione dell'inammissibilità*»⁴² potrebbe trovare una propria debolezza nella circostanza che sembra essere abbastanza evidente che l'inammissibilità nel caso in esame non avrebbe avuto luogo.

La Corte costituzionale non lascia, infatti, alcun margine di incertezza sulla circostanza che la questione verrà accolta, configurandosi quindi una tipologia di decisione che contiene una motivazione anticipatoria di quella che sarà la sentenza con la quale si concluderà il processo costituzionale⁴³.

³⁹ Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁴¹ Diversamente M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 134, ritiene che la Corte costituzionale abbia adottato questa tipologia di decisione proprio al fine di evitare una dichiarazione di inammissibilità che, secondo l'Autore, è «una soluzione [che] avrebbe esposto la Corte a critiche severe da parte del mondo dell'informazione».

⁴² M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 19 novembre 2018, § 2 (enfasi aggiunta). Sulla circostanza che la decisione nel caso Cappato fosse prevalentemente quella di evitare l'inammissibilità si veda M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2020, 290, la quale, favorevole alla nuova tecnica decisoria utilizzata dalla Corte costituzionale, osserva che essa è «particolarmente importante per un Giudice costituzionale come il nostro, che spesso ha dovuto rinunciare a decidere, a causa della discrezionalità legislativa, ma i cui moniti al Legislatore sono stati quasi sempre disattesi».

⁴³ In questo senso R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, cit., 104, il quale sottolinea chiaramente che la Corte costituzionale nell'ordinanza «accerta l'incostituzionalità della normativa impugnata». Di diverso avviso F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n.132/2020 della Corte costituzionale*, cit., 216, il quale ritiene che «nell'ordinanza n.132/2020 non si coglie un'esplicita volontà preannunciata di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme censurate, ma semmai l'esigenza di stimolare un intervento organico del legislatore, su una materia imperniata su un nucleo di costituzionalità, utilizzando i criteri del rinvio e della doppia decisione, al fine di indirizzare e salvaguardare l'ordinamento da una pericolosa mutilazione». Del resto, anche nei numerosi commenti all'[ord. n. 207 del 2018](#) era prevalente la dottrina "certa" della successiva pronuncia di illegittimità. In questo senso si veda, per esempio, A. APOSTOLI, *Ancora qualche osservazione in tema di fine vita*, cit., 115 e G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di "Quaderni costituzionali"*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 8 giugno 2019, 1, la quale sottolinea inoltre che «l'ordinanza contiene inequivocabilmente [...] un accertamento dell'incostituzionalità di parte dell'attuale portata applicativa della disposizione». Secondo A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, cit., 571, quella del 2018 è «una ordinanza *quoad formam* che è però in tutto e per tutto una sentenza (di accoglimento) *quoad substantiam*» e, pertanto, secondo l'Autore se «si è deciso di farvi luogo, è perché, verosimilmente, si prefigurava un accoglimento» (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](#), 568. Molto chiaramente C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 6/2019, 15 afferma che «Nell'ordinanza in commento, tuttavia, la Corte costituzionale afferma senza mezzi termini che un *vulnus* costituzionale esiste e rinvia solo temporaneamente il proprio intervento a gamba tesa, lasciando chiaramente intendere che in caso di inerzia parlamentare una sentenza caducatoria sarà pressoché inevitabile». In senso analogo S. PENASA, *Il "seguito" dell'ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazione tra poteri*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 30

3.2. La preannunciata dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena detentiva.

Come si è detto, nell'*iter* argomentativo dell'ordinanza si evince chiaramente che i Giudici ritengono illegittima la disciplina della diffamazione a mezzo stampa in vigore nel nostro ordinamento nella parte in cui prevede in via alternativa o cumulativa la pena detentiva, salvo eventuali casi di particolare gravità che potrebbero comunque comportare una limitazione della libertà personale⁴⁴.

La seconda tipologia di decisione, alla quale la Corte costituzionale ha deciso di non dar seguito, è quindi quella di una sentenza ablativa della disciplina prevista dal legislatore nei termini indicati dai giudici rimettenti.

La Corte costituzionale sembra giocare la sua motivazione sull'assunto che a seguito di una pronuncia di illegittimità costituzionale si creerebbe un vuoto di tutela (v. *supra* § 2) che essa intende evitare. Va segnalato, però, che nel caso di specie nulla avrebbe precluso ad una dichiarazione di illegittimità della pena detentiva senza in verità incorrere in un reale rischio di privazione di tutela di alcuni diritti. Sono diverse le ragioni che conducono a questa ultima affermazione e per poterle valutare è necessario partire dal presupposto che, ipotizzando una decisione di illegittimità costituzionale da parte della Corte, essa avrebbe potuto orientarsi verso diverse decisioni. Questo non significa però che la Corte costituzionale si trovasse dinanzi ad «una scelta politica, tra [...] opzioni egualmente compatibili con la Costituzione» che avrebbe potuto implicare anche una dichiarazione di inammissibilità⁴⁵. In effetti, la Corte costituzionale avrebbe potuto concludere in diversi modi l'accoglimento della questione in relazione al grado di illegittimità costituzionale che avesse voluto riconoscere alle diverse ipotesi di pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa.

In primo luogo, la Corte costituzionale avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa sia quando esso è relativo ad un fatto determinato sia quando esso è, invece, generico. In questo modo la Corte costituzionale avrebbe sancito, in linea generale, l'illegittimità della pena detentiva.

In alternativa, la Corte costituzionale avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale solo della parte relativa alla diffamazione a mezzo stampa prevista dal codice penale, lasciando impregiudicata la previsione della pena detentiva per la diffamazione concernente un fatto determinato.

Una Corte costituzionale "più prudente" avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità della disposizione che prevede il cumulo e non l'alternatività della pena detentiva con la pena pecuniaria per la diffamazione a mezzo stampa concernente l'attribuzione di un fatto determinato, come richiesto dal Tribunale ordinario di Bari⁴⁶ e rigettare, conseguentemente, le ragioni avanzate dal Tribunale ordinario di Salerno.

Infine, se la Corte costituzionale avesse voluto entrare più incisivamente nel merito della questione avrebbe potuto indicare espressamente, attraverso una sentenza additiva⁴⁷, le ipotesi

giugno 2019, 3, il quale ritiene che la dichiarazione di illegittimità da parte della Corte costituzionale è «alla luce della struttura argomentativa dell'ordinanza 207 una strada costituzionalmente necessaria anche se a contenuto e forma non costituzionalmente vincolato». In ogni caso, anche chi prospettava, in alternativa alla dichiarazione di illegittimità, una decisione interpretativa di rigetto riteneva che «in caso di protratta inerzia, la discrezionalità del legislatore non potrà essere invocata come causa di inammissibilità» (M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 661).

⁴⁴ Su questo ultimo aspetto si veda *infra* § 4.

⁴⁵ M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 133.

⁴⁶ Prospetta una decisione in questo senso nella futura sentenza della Corte costituzionale, che giungerà a seguito dell'ordinanza in commento, G. L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in [Sistema Penale](#), 10 giugno 2020.

⁴⁷ Che è preclusa in ambito penale solamente quando in *malam partem*. In questo senso si veda, a titolo esemplificativo, la sentenza [n. 161 del 2004](#) nella quale la Corte costituzionale ha ricordato che la Costituzione «nell'affermare il principio che nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l'effetto di una sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti». Dunque, la Corte costituzionale non avrebbe

eccezionali in cui la pena detentiva debba essere considerata legittima o, a contrario, indicare le scriminanti per la pena detentiva che i giudici comuni avrebbero poi dovuto applicare nel caso concreto⁴⁸.

In questi ultimi casi, quindi, la libertà concessa al giudice di valutare nel singolo giudizio la gravità della condotta diffamatoria si sarebbe potuta considerare corrispondente ai “casi eccezionali” indicati dalla Corte Edu. Va rilevato che una decisione in tal senso della Corte costituzionale (che comunque potrebbe essere emanata a seguito dell’udienza del 22 giugno 2021) non sarebbe sembrata del tutto conforme alle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo. Quella giurisprudenza è, infatti, riferita in generale alle limitazioni della libertà da parte dei giornalisti e non, ovviamente, alla sola fattispecie della diffamazione. Pertanto, come è stato sottolineato, le ipotesi eccezionali richiamate dal giudice europeo «nel nostro ordinamento non hanno a che vedere con la diffamazione ma trovano altrove la loro disciplina»⁴⁹.

Come si può notare, le soluzioni nella disponibilità della Corte costituzionale sommariamente richiamate erano molteplici e tutte, però, non sembrano precludere alla tutela degli interessi in gioco.

Anche nell’ipotesi più incisiva, ovverosia nel caso di una declaratoria di illegittimità di tutte le ipotesi di pena detentiva, la previsione di una sanzione per il soggetto condannato per la diffamazione a mezzo stampa sarebbe comunque restato in vigore nell’ordinamento⁵⁰. Al pari del generico reato di diffamazione, la diffamazione a mezzo stampa sarebbe stata punita con una pena pecuniaria, peraltro aumentata per il fatto di essere compiuta proprio con tale mezzo, alla quale – non va dimenticato – si aggiungono comunque i rimedi risarcitori previsti dall’ordinamento che la persona offesa può invocare⁵¹. Una decisione di illegittimità ablativa della sola previsione della pena detentiva non

potuto con una sentenza additiva introdurre fattispecie criminose non previste al momento dal legislatore come, ad esempio, l’estensione della fattispecie del reato anche alle diffamazioni via web o sui social media che sono, peraltro, interventi che la Corte sembra chiedere al legislatore (v. *infra* § 5.)

⁴⁸ Dopotutto, anche il molto più complesso caso Cappato si è concluso con una sentenza che parte della dottrina non ha esitato a qualificare come additiva. In questo senso P. VERONESI, *La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”*: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”, in *BioLaw Journal*, 1/2020, 16 ss. Secondo C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema Penale*, 12/2019, 53, la sentenza della Corte costituzionale è «una additiva di regola, consistente nell’introduzione di una causa di non punibilità o di una scriminante (c.d. procedurale), collegata al rispetto di determinate condizioni». In questo senso anche E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, 309, il quale ritiene che nel caso in esame la Corte costituzionale «salvaguarda l’art. 580 del codice penale mediante l’introduzione, con un’inedita additiva di principio, di specifiche scriminanti procedurali». In senso analogo anche S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza “rime obbligate”*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020, 288 ss.

⁴⁹ A. GULLO, *La Tela di Penelope*, cit., 6 s. In relazione alla giurisprudenza della Corte Edu, inoltre, è stato osservato che «è desumibile un principio [...] per cui, l’applicazione di misure detentive, nello specifico settore dell’informazione, dia luogo alla violazione dell’art. 10 della Convenzione, e ciò a prescindere dall’esame degli altri diritti in gioco» (S. ROSSETTI, *La corte Edu sul bilanciamento tra riservatezza delle comunicazioni e libertà di espressione del giornalista*, cit., § 3). In senso diverso si vedano però C. MELZI D’ERIL, *La Corte europea condanna l’Italia per la sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 novembre 2013, 10, secondi cui «Esistono, peraltro, non poche ragioni per ritenere che, almeno per i casi più gravi di diffamazione, ovvero le offese seriali, le campagne stampa volte a screditare, le violente offese basate su fatti che il giornalista sa essere falsi e non ha mai ritenuto di rettificare, sia appropriato mantenere come pena la reclusione». In senso analogo anche V. PACILEO, *Contro la decriminalizzazione della diffamazione a mezzo stampa. Note a margine del “caso Sallusti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 maggio 2013, 6 ss. Sul punto anche M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 126, il quale analizzando alcune fattispecie di reato osserva che «la pura e semplice eliminazione della sanzione detentiva dalle pene previste per il reato di diffamazione potrebbe non rivelarsi la soluzione più idonea a garantire una adeguata tutela alle persone offese».

⁵⁰ Senza configurarsi, peraltro, una depenalizzazione della fattispecie di reato da parte del Giudice costituzionale. Non va dimenticato, infatti, che la questione di legittimità costituzionale sottoposta alla Corte non è, in ogni caso, il reato di diffamazione a mezzo stampa ma è esclusivamente l’apparato sanzionatorio così come disciplinato dalla legislazione vigente.

⁵¹ Tra questi va segnalato che l’art. 8 della legge n. 47 del 1948 prevede l’obbligo del responsabile del quotidiano di fare inserire gratuitamente «le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini od ai quali

avrebbe dunque lasciato, a differenza di quanto sostenuto dalla Corte costituzionale, privi di tutela i soggetti che subiscono comportamenti diffamatori per mezzo stampa. Non va dimenticato, infatti, che la questione che si discute, e che è stata sottoposta al giudizio della Corte costituzionale dai due giudici *a quibus*, riguarda esclusivamente la pena detentiva, che nel nostro ordinamento è accompagnata a una pena pecuniaria (congiuntamente in un caso e alternativamente nell'altro) che, peraltro, può ben essere considerata non esigua⁵².

In quest'ottica, non resta che segnalare, inoltre, che i procedimenti legislativi in corso, cui la Corte costituzionale fa indubbiamente riferimento nell'“invitare” il Parlamento a modificare il reato di diffamazione a mezzo stampa, vanno proprio nella direzione di espungere dall'ordinamento la pena detentiva.

I disegni di legge sono due: il disegno di legge a prima firma del deputato Vernini (A.C. n. 416)⁵³ e il disegno di legge a prima firma del senatore Caliendo (A.S. n. 812)⁵⁴. Quest'ultimo, che è quello che ha un *iter* legislativo in corso⁵⁵, interviene nella materia abolendo innanzitutto ogni previsione della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa. A fare da contrappeso a questa previsione si introducono, conseguentemente, aumenti di pena pecuniaria⁵⁶ che potrebbero apparire, specialmente nel minimo edittale, comunque eccessivi in quanto irragionevoli e non proporzionati al reato commesso⁵⁷.

siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità, purché le dichiarazioni o le rettifiche non abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale». Inoltre, la stessa legge prevede, all'art. 12, che il soggetto diffamato a mezzo stampa possa chiedere, oltre all'ordinario risarcimento dei danni previsto dell'articolo 185 del codice penale, anche una somma a titolo di riparazione, la cui quantificazione «è determinata dal giudice in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato».

⁵² Si noti, infatti, che per i due reati sottoposti al giudizio di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte non sono previsti dei limiti specifici per la multa inflitta, cosicché il regime ad essi applicabile è quello contenuto in linea generale nell'art. 24 del codice penale, ai sensi del quale «la pena della multa consiste nel pagamento allo Stato di una somma non [...] superiore a euro cinquantamila».

⁵³ “*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 3 febbraio 1963, n. 69, in materia di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di contrasto delle liti temerarie, di segreto professionale e di istituzione del Giurì per la correttezza dell'informazione*” presentato il 27 marzo 2018. Questo disegno di legge non ha, a differenza del secondo, iniziato alcun *iter* legislativo presso la Camera dei deputati.

⁵⁴ “*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale, al codice di procedura civile e al codice civile, in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale, e disposizioni a tutela del soggetto diffamato*”, presentato il 20 settembre 2018.

⁵⁵ Il disegno di legge è stato oggetto di un travagliato procedimento. In un primo momento il disegno di legge è stato assegnato alla II Commissione permanente in sede redigente. Successivamente, il 3 luglio 2019 è stato riassegnato alla medesima commissione ma per l'inizio del procedimento parlamentare in sede referente. Dopo una lunga giacenza presso la II Commissione, e proprio nei giorni in cui la Corte costituzionale ha emesso l'ordinanza in commento, la Commissione ha votato gli emendamenti e il mandato al relatore per riferire in Aula. Da notare, però, che da quel momento l'*iter* presso il *plenum* del Senato non è ancora iniziato. In questa prospettiva, quindi, non può che essere segnalato che allo stato attuale l'ordinanza della Corte costituzionale non ha conseguito alcun effetto nell'intento di “invogliare” il legislatore ad approvare una nuova disciplina in materia.

⁵⁶ In particolare, nel testo approvato dalla Commissione si prevede che «Nel caso di diffamazione commessa con il mezzo della stampa [...] si applica la pena della multa da 5.000 euro a 10.000 euro». Inoltre, si stabilisce che «Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato falso, la cui diffusione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità, si applica la pena della multa da 10.000 euro a 50.000 euro». Si prevede, inoltre, nella modifica all'art. 595 del codice penale che «Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della multa fino a euro 15.000» e, inoltre, che se tale offesa «è arrecata con il mezzo della stampa o con un qualsiasi mezzo di pubblicità, in via telematica, ovvero in atto pubblico la pena è aumentata della metà». Il disegno di legge prevede anche l'introduzione di altre tipologie di tutela. Tra queste si segnalano, in particolare, quelle che riguardano la piena equiparazione della diffamazione a mezzo stampa con la diffamazione perpetrata attraverso altri strumenti (quali internet e i social network); l'obbligo di rettifica da parte del giornalista per la pubblicazione di notizie diffamatorie e, infine, la possibilità per il soggetto diffamato di chiedere l'eliminazione da internet e dai motori di ricerca dei contenuti diffamatori che lo riguardano.

⁵⁷ A tal proposito si consideri che la Corte Edu ha condannato recentemente l'Italia (sentenza Magosso e Brindani c. Italia del 2020) anche in relazione a casi in cui il giornalista è stato condannato con la sola pena pecuniaria (e non quella

Quel che desta perplessità è che la Corte costituzionale, dopo aver enucleato i rischi di una dichiarazione di illegittimità (rinvenuti nel possibile vuoto di tutela che si verrebbe a creare), con ogni probabilità e salvo improbabili ripensamenti (v. *infra* § 4) concluderà il procedimento aperto con una declaratoria di illegittimità costituzionale.

4. Gli effetti dell'ordinanza sui soggetti interessati.

La mancata conclusione del processo costituzionale aperto dinanzi alla Corte pone il problema del rapporto che viene ad instaurarsi tra l'ordinanza adottata con questo *iter* procedurale e i soggetti sui quali può ricadere, a vario titolo, la decisione della Corte costituzionale. In particolare le questioni di interesse riguardano l'effetto dell'ordinanza sui giudizi *a quibus*; il rapporto dell'ordinanza con gli altri eventuali giudizi nei quali i giudici si dovessero trovare nel frattempo ad applicare le disposizioni rimesse al Giudice costituzionale e, infine, il rapporto tra l'ordinanza e la futura decisione della Corte costituzionale.

Per quanto riguarda i due procedimenti giudiziari dai quali è sorta la questione di legittimità costituzionale, non vi è alcun dubbio che essi resteranno sospesi in attesa delle future e certe determinazioni della Corte costituzionale. Nel caso di specie, infatti, continua ad applicarsi l'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 “*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*”, dove si prescrive, per l'appunto, la sospensione del giudizio sino alla decisione della Corte costituzionale che nel caso in esame, seppur pronunciatisi con l'ordinanza [n. 132 del 2020](#), non ha certamente concluso il giudizio di costituzionalità⁵⁸.

Per quanto riguarda, invece, gli altri giudizi, la Corte costituzionale conclude l'ordinanza ricordando che «spetterà ai giudici valutare se eventuali questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame analoghe a quelle in questa sede prospettate debbano parimenti essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate alla luce dei principi sopra enunciati, così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l'applicazione delle disposizioni censurate»⁵⁹.

In tal senso, la Corte sembra “invitare” i giudici a sollevare una questione di legittimità costituzionale al fine di sospendere i procedimenti in corso⁶⁰ provocando però, così come del resto nei giudizi *a quibus*, «almeno nell'immediato [...] una forma di denegata tutela»⁶¹.

Non va infatti dimenticato che i procedimenti sospesi per un così lungo lasso temporale pongono delle problematiche in relazione alla ragionevole durata del processo che, a seguito dell'ordinanza della Corte costituzionale, viene – alla luce di quanto si è cercato di argomentare – irragionevolmente prolungato⁶². Questo è un punto fondamentale. Dinanzi alla perseverante inerzia del legislatore, se la

detentiva) per il reato di diffamazione a mezzo stampa. Anche in questo caso, nel caso concreto, secondo la Corte la pena inflitta ai giornalisti risulta comunque essere sproporzionata. La Corte ha inoltre ricordato che non è la sola pena detentiva a poter creare un effetto dissuasivo sul ruolo dei giornalisti «di contribuire al dibattito pubblico su questioni che interessano la vita della collettività» (Corte Edu, Magosso e Brindani c. Italia, ric. n. 59347/11, § 61).

⁵⁸ La stessa Corte, peraltro, ricorda l'effetto di questa ordinanza su tali giudizi, sottolineando che «Rimarranno nel frattempo sospesi anche i giudizi a quibus» (Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 8 del *Considerato in diritto*). Su questo aspetto in relazione però al caso Cappato si veda, in particolare, R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in questa [Rivista, speciale Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), 11 s.

⁵⁹ *Ibidem*. Nello stesso senso anche Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ Cfr., in tal senso, A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato*, cit., 407.

⁶¹ Così, in relazione al caso Cappato, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 256.

⁶² Sulla relazione con la ragionevole durata del processo si veda C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 13, la quale, in tale prospettiva, sottolinea che vi è «il rischio di violare il principio di ragionevole durata del processo penale in danno di Cappato e, soprattutto, di chi come lui sia imputato in casi omologhi, avendo tutti un fondamentale interesse a ottenere un'assoluzione piena in tempi ragionevoli». Si veda anche ID, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire*

Corte decidesse nel senso di una dichiarazione di illegittimità costituzionale vorrebbe dire che questa decisione poteva essere assunta anche nell'immediato, risultando quindi evidente un ritardo nella giustizia⁶³. Anche se la Corte dovesse – ipotesi alquanto estrema – dichiarare successivamente inammissibili o rigettare le questioni ad essa sottoposte, la conclusione sarebbe la medesima.

Va osservato che comunque nulla osta alla possibilità per i giudici che si trovassero a dover decidere in cause analoghe di portare a termine il giudizio in corso⁶⁴. In relazione all'eventuale conclusione degli altri giudizi, si deve certamente notare che l'ordinanza in esame e l'ordinanza n. 270 del 2018, avendo ad oggetto fattispecie di reato, non precludono che la futura decisione della Corte costituzionale possa impattare sul caso concreto. Nel caso in cui fosse dichiarata illegittima la pena detentiva e, nel frattempo, ad un imputato fosse comminata tale pena in via definitiva, la sentenza della Corte costituzionale, come noto, travolgerebbe anche la sentenza di condanna. La situazione è però ben più complicata se si immagina l'utilizzo della decisione "in due fasi" in ambiti che esulano da quello prettamente penalistico. In queste situazioni, infatti, la Corte costituzionale porrebbe dei soggetti al rischio che tra il momento dell'ordinanza e il momento della sentenza alcuni rapporti giuridici divengano esauriti con la conseguenza di restare impregiudicati dall'eventuale dichiarazione di illegittimità da parte del Giudice costituzionale.

Per quanto riguarda, infine, il rapporto che può intercorrere tra l'ordinanza di rinvio e la futura decisione della Corte costituzionale, esso ovviamente dipende innanzitutto dalle eventuali determinazioni del legislatore. Se durante la sospensione del giudizio costituzionale verrà approvata una modifica della disciplina relativa al reato di diffamazione a mezzo stampa, la Corte costituzionale dovrebbe dichiarare l'inammissibilità della questione e rimettere gli atti ai giudici *a quibus* per intervenuto mutamento legislativo. A seguito dello *ius superveniens* i giudici di merito, valutate la rilevanza e la non manifesta infondatezza, potrebbero poi eventualmente risolvere la questione di costituzionalità dinanzi al Giudice costituzionale che, quindi, sarebbe nelle condizioni di valutare nell'immediato se il legislatore ha seguito le indicazioni contenute nell'ordinanza⁶⁵.

Viceversa, nell'ipotesi in cui il legislatore mantenga in vita le disposizioni in vigore è, come detto in precedenza, molto probabile che la Corte costituzionale dichiarerà, nelle forme e nei limiti eventualmente specificati, l'illegittimità costituzionale della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa.

La portata comunque "decisoria" dell'ordinanza dovrebbe tendenzialmente evitare di produrre una decisione finale da parte della Corte costituzionale che si discosti fortemente dalle motivazioni contenute nel considerato in diritto dell'ordinanza e, pertanto, è difficile immaginare un rigetto della questione di costituzionalità (v. *supra* § 3) o una dichiarazione di inammissibilità da parte della Corte costituzionale (v. *supra* § 3.2).

A tal proposito, però, deve essere sottolineato che nel lasso temporale che intercorre tra le due decisioni non è da escludersi che possa intervenire un mutamento nel collegio giudicante tale da porre

rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni, in questa [Rivista, Studi, I/2020](#), 68. In tal senso si vedano anche le osservazioni di F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, cit., 220, e di A. MAZZOLA, *Decide che deciderà!*, cit., 547 s.

⁶³ Cfr. B. BRANCATI, *Intervento nel Forum Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 270/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 1/2019, 217.

⁶⁴ In senso contrario si veda P. ZICCHITU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2019, 28, secondo cui «deve quindi escludersi che la disciplina impugnata trovi applicazione in un qualsiasi giudizio, a cominciare proprio dal processo *a quo*, che resterà sospeso in attesa che la Corte emani una decisione definitiva. Analogamente, qualora un altro giudice, nel corso di un diverso giudizio, sia chiamato ad applicare l'art. 580 c., il relativo processo dovrebbe arrestarsi e quel medesimo giudice dovrà sollevare un nuovo incidente di costituzionalità». Allo stesso modo M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit., § 4, osserva che «la rilevanza è *in re ipsa*, sarebbe solare la non manifesta infondatezza della relativa questione di legittimità costituzionale», pertanto secondo l'Autore «il giudice sarebbe tenuto a sospendere il processo, e a sollevare a sua volta incidente di legittimità costituzionale».

⁶⁵ Sulla restituzione degli atti al giudice *a quo* per intervenuta modifica legislativa si veda almeno R. ROMBOLI, *Evoluzione giurisprudenziale ed aspetti problematici della restituzione degli atti al giudice a quo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1992, spec. 554 ss.

in crisi le argomentazioni sulle quali la Corte costituzionale ha fondato le motivazioni contenute nel primo dei due atti di questo giudizio. La questione che resta aperta, quindi, partendo da una domanda di Antonio Ruggeri, è la seguente: «conviene alla Corte correre il rischio di essere contraddetta da... se stessa? Supponiamo che, medio termine, si abbia l'avvicendamento [...] in seno al collegio di uno o più giudici. Chi mai potrà obbligarli a pensarla allo stesso modo di coloro che li hanno preceduti?»⁶⁶. La problematica del possibile avvicendamento dei Giudici costituzionali, nella quale la Corte non si è imbattuta nel caso riguardante il suicidio assistito⁶⁷, potrebbe invece venire in luce con maggior enfasi nel caso qui esaminato. Dalla data in cui è stata emessa l'ordinanza ad oggi vi sono già stati due mutamenti nel collegio giudicante⁶⁸ e un altro interverrà sicuramente prima dell'udienza della Corte costituzionale fissata nel 2021⁶⁹.

Indipendentemente da quel che accadrà nel caso in esame, il problema resta aperto e non ci si può esimere dal segnalare il rischio di una protratta incertezza del diritto che nasce da una illegittimità motivata ma non dichiarata per concludersi, in ipotesi, con un rigetto della questione da parte della Corte costituzionale dovuta al mutamento dei componenti dell'organo decidente⁷⁰.

5. I dubbi sull'utilizzo di questa tecnica decisoria.

Per provare a concludere queste considerazioni su una tematica di stretta attualità che investe le modalità di decisione del Giudice costituzionale, è interessante notare che una delle ragioni per le quali la Corte costituzionale adotta questo schema decisionale è da ravvisarsi, usando le parole della Corte stessa, nello «*spirito di leale collaborazione istituzionale*»⁷¹. Se, come si è detto, la pronuncia di illegittimità da parte della Corte costituzionale non tarderà ad arrivare, vi è da chiedersi perché allora è stata adottata questa decisione invece di giungere direttamente ed immediatamente alla declaratoria di incostituzionalità.

Nel solco della leale collaborazione che la Corte costituzionale intende perseguire mediante l'ordinanza in esame, viene *espressamente indicata al legislatore la strada da seguire*, senza ovviamente imporre nulla di specifico ma circoscrivendo comunque quali dovrebbero essere gli ambiti di intervento.

La Corte costituzionale, da un lato, infatti, non esclude che il legislatore possa prevedere pene detentive per quelle «condotte che, tenuto conto del contesto nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi

⁶⁶ A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, cit., 575.

⁶⁷ Anche perché, nella ricerca della ragionevolezza del termine di undici mesi assegnato in quel caso al Parlamento, M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1 dicembre 2018, 7, nota 28, sottolinea che la data in cui è stata fissata la discussione era una delle ultime in cui il collegio dei giudici sarebbe stato nella stessa composizione in cui era nel momento dell'emanazione dell'ordinanza. In tema si vedano anche 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](#), 11/2018, 3, e 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, 14.

⁶⁸ Nello specifico, alla data odierna, hanno concluso il loro mandato la Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia e il vicepresidente Aldo Carosi e sono entrati a far parte della Corte costituzionale i giudici Angelo Buscema (nominato dalla Corte dei conti) ed Emanuela Navaretta (nominata dal Presidente della Repubblica) che hanno giurato entrambi il 15 settembre 2020.

⁶⁹ Prima della data della decisione concernente la legittimità costituzionale della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa l'attuale presidente Giancarlo Morelli, che ha giurato il 12 dicembre 2011, concluderà il suo mandato alla Corte costituzionale.

⁷⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, cit., 575.

⁷¹ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 8 del *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). In senso sostanzialmente analogo si veda anche Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), punto 11 del *Considerato in diritto*, nella quale la Corte aveva parlato di «spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale».

d'odio». Con tale affermazione la Corte costituzionale sembra quindi invitare il legislatore non tanto ad escludere dall'ordinamento qualsiasi ipotesi di pena detentiva, ma piuttosto ad introdurre fattispecie di reato molto specifiche nelle quali sia possibile per i giudici di merito irrogare una pena detentiva.

Oltre a ciò, la Corte costituzionale, allargando il tema dalle pene per il reato alla diffamazione a mezzo stampa nel suo complesso, intende persuadere il Parlamento ad introdurre anche forme diverse di tutela, quali «sanzioni penali non detentive»; «rimedi civilistici e in generale riparatori adeguati» individuati dalla stessa Corte nell'obbligo di rettifica da parte del giornalista e della testa giornalistica e, infine, di misure «di carattere disciplinare» nei confronti del giornalista⁷².

La Corte costituzionale si spinge anche a ricordare al legislatore che il bilanciamento deve essere effettuato anche «in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica, nel senso ora precisato, con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti; vittime che sono oggi esposte a rischi ancora maggiori che nel passato. Basti pensare, in proposito, agli effetti di rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai social networks e dai motori di ricerca in internet, il cui carattere lesivo per la vittima [...] e per tutte le persone a essa affettivamente legate risulta grandemente potenziato rispetto a quanto accadeva anche solo in un recente passato»⁷³.

Da tutte queste affermazioni è evidente che la Corte costituzionale sia “uscita dai binari” tracciati dai giudici *a quibus*. Al Parlamento viene, infatti, indicata la necessità di una riforma “di sistema” attraverso la richiesta di una serie di interventi che fuoriescono dalla questione di legittimità sottoposta al Giudice costituzionale che – è bene ribadire – riguarda esclusivamente la pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa nelle due varianti previste dall'ordinamento italiano⁷⁴.

L'innovativa modalità di decisione della Corte costituzionale, pur se salutata con favore da una parte della dottrina⁷⁵, non può che essere guardata con un certo grado di perplessità perché presuppone «una criticabile [...] configurazione del rapporto Corte-Parlamento»⁷⁶. In questa relazione il

⁷² Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁷³ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), punto 7.3 del *Considerato in diritto*.

⁷⁴ In ogni caso, va segnalato che, da un lato, le condotte diffamatorie attuate mediante canali diversi da quelli della “stampa” trovano comunque la loro sanzione penale nell'art. 595, terzo comma, del codice penale, in quanto (in particolare la diffusione di informazioni in internet) rientrano nel profilo dell'offesa recata «con qualsiasi altro mezzo di pubblicità» mentre, dall'altro, restano escluse a seguito di una lettura restrittiva della disposizione della legge sulla stampa dal reato *ivi* previsto. In questo senso si veda, per esempio, la sentenza n. 4873 del 2017 della V sezione della Cassazione penale.

⁷⁵ In tal senso si veda, oltre alla dottrina citata alla nota 12, M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul “caso Cappato”*, in [Federalismi.it](#), 17/2019, 2, il quale ritiene che essa rappresenti «una delle espressioni più significative e meglio riuscite delle funzioni che spettano a un Giudice costituzionale o a un Giudice supremo al quale sia affidata la tutela e la salvaguardia ultima dei diritti riconosciuti nella Costituzione e degli equilibri costituzionali tra i diversi poteri». In senso favorevole si veda anche 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 giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), 2/2019 662, il quale ritiene che tale modalità di decisione si inserisce correttamente «nella ricerca di soluzioni equilibrate che consentano alla Corte di trovare un adeguato contemperamento tra l'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore e la necessità di non abdicare per tale ragione al compito di rendere giustizia costituzionale, permettendo, fin dove è possibile, di assicurare una sempre maggiore conformità a Costituzione del sistema normativo».

⁷⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, 201, il quale utilizza questa espressione in riferimento ad un'iniziativa del T.A.R. Lombardia sez. di Brescia del 1988 che prospettava una soluzione da parte della Corte costituzionale a tratti analoga a quella che qui si sta esaminando. Come ricorda l'Autore, «il meccanismo ipotizzato è la sospensione del giudizio costituzionale, accompagnato ad un monito al legislatore affinché questi provveda entro un certo termine, oltre al quale si determinerebbe automaticamente l'effetto di annullamento». In relazione all'ipotesi che le pronunce con “monito” possano fissare un termine V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, *ivi*, 341, ha osservato che «la Corte non può programmare con precisione un proprio futuro giudizio, né vincolare tanto meno giuridicamente se stessa ad emettere, in futuro, una pronuncia con un determinato contenuto, e quindi con determinati effetti».

Parlamento viene espressamente delegato⁷⁷ ad attuare una disciplina «attraverso la specificazione di precisi contenuti [...] cui attenersi»⁷⁸ che la Corte si riserverà poi di valutare.

Del resto è la stessa critica che, specialmente in passato, era rivolta alle decisioni di inammissibilità “con monito” della Corte costituzionale che erano considerate, in alcuni casi, eccessivamente limitative nei confronti della discrezionalità del Parlamento⁷⁹. La differenza sostanziale tra la dichiarazione di inammissibilità con monito e la modalità decisoria che si sta indagando risulta però fondamentale: al Parlamento non solo viene indicata la necessità di una modifica e come essa debba avvenire ma gli viene espressamente indicato *il termine temporale massimo* in cui gli è concessa una modifica legislativa prima della (scontata) dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Se lo scopo della Corte costituzionale è realmente quello di dare maggior spazio al legislatore prima di un suo intervento, va segnalato che tale obiettivo sarebbe potuto essere raggiunto utilizzando altri strumenti più idonei e maggiormente rispettosi della discrezionalità del legislatore.

In questa prospettiva, infatti, non va dimenticato che le tempistiche di una decisione della Corte costituzionale sono determinate direttamente dalla Corte stessa che sulla base dei propri poteri istruttori decide i tempi del ruolo di una causa sollevata in via incidentale. Alla luce di questi poteri temporali interni al processo costituzionale, talvolta la Corte costituzionale ha posticipato la data di una decisione già fissata attraverso un apposito provvedimento del Presidente o con un provvedimento collegiale⁸⁰. In queste situazioni – talora apparentemente immotivate⁸¹ altre volte giustificate esplicitamente dalla Corte stessa⁸² – la dilatazione dei tempi della decisione della Corte non avviene mediante un atto preliminare comunque “decisorio” nel quale la Corte costituzionale indica le motivazioni di merito circa i profili di illegittimità costituzionale⁸³.

Non può quindi ritenersi condivisibile l’affermazione della Corte costituzionale secondo la quale questa nuova modalità di decisione è stata attuata «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»⁸⁴, poiché in tutti questi casi citati all’atto di rinviare l’udienza non emerge alcuna argomentazione da parte dei Giudici circa la legittimità costituzionale o meno della questione sottoposta al giudizio di legittimità⁸⁵. In questo caso, viceversa, la Corte costituzionale sembra servirsi

⁷⁷ A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 27 maggio 2019, 1, in relazione all’ordinanza n. 207 del 2018 parla espressamente di «nascita di una vera e propria decisione di “delega” al legislatore».

⁷⁸ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018*, cit., 547 (corsivo dell’A.).

⁷⁹ Si veda, in questo, senso A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 93, spec. nota 3. Sul punto si vedano anche le considerazioni di M. C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle «sentenze comandamento» ovvero il «potere monitorio» della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, spec. 830 ss. In relazione ad alcuni casi in cui la Corte è stata particolarmente stringente nell’indicare al legislatore la strada da perseguire, l’Autrice sottolinea che la Corte costituzionale arriva «ad irrigidire notevolmente i termini di confronto [...] annullando di fatto quello spazio di intervento in precedenza riservato al Legislatore».

⁸⁰ Cfr. M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito*, cit. 14.

⁸¹ Si può per esempio ricordare la posticipazione della data dell’udienza pubblica relativa alla questione di legittimità costituzionale della legge elettorale n. 52 del 2015 in una data successiva a quella del referendum costituzionale. In quel caso, in un comunicato della Corte costituzionale del 19 settembre intitolato “*Rinvio a nuovo ruolo delle questioni riguardanti l’Italicum*” si indicava che «Il Presidente della Corte costituzionale, sentito il collegio, ha deciso di rinviare a nuovo ruolo la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dai Tribunali di Messina e di Torino in merito alla legge n. 52 del 2015 (“Italicum”), prevista per l’U. del 4 ottobre 2016», senza dunque specificarne le ragioni. Le ragioni di tale scelta possono ben essere comprensibili e sono spiegate, tra gli altri, da L. TRUCCO, “*Sentenza Italicum*”: *la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in questa [Rivista, Studi, I/2017](#), 150.

⁸² v. *infra* l’esempio riportato nel testo.

⁸³ In questo senso E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018*, cit., 546, il quale osserva che «nelle occasioni precedenti, la Corte si era ben guardata dall’esplicitare (anche solo sommariamente) il proprio pensiero sui termini sostanziali della stessa».

⁸⁴ Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁸⁵ Per tali ragioni E. MALFATTI, *Intervento nel Forum Sull’ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 270/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 1/2019, 223, in relazione all’ordinanza [207 del 2018](#), ritiene che «la prassi dei rinvii a nuovo ruolo non c’entra nulla col caso di specie, giacché si tratta di situazioni,

di una tecnica di decisione nella quale vi è sì l'utilizzo di un potere inerente alle tempistiche del processo costituzionale, che è di potestà della Corte stessa, ma che viene a concretizzarsi attraverso un mezzo atipico con il quale la Corte non si limita a posticipare la data della decisione ma motiva le ragioni dell'incompatibilità costituzionale della disciplina sottoposta al giudizio⁸⁶.

Per quanto riguarda la ragione che ha indotto la Corte costituzionale a sospendere il giudizio, ovvero il principio di leale collaborazione tra Corte e Parlamento, va segnalato che vi è stato nel recente passato un caso in cui la Corte costituzionale ha posticipato la data di discussione di una causa pendente dinanzi alla Corte e per la quale era già stata fissata la data della discussione, con lo scopo esplicito di attendere le eventuali determinazioni del legislatore. Il caso riguarda la questione relativa alla conservazione ed utilizzazione dei testi delle intercettazioni telefoniche ritenute illegali. In quel caso, il Presidente della Corte costituzionale, come si legge dal comunicato stampa del 5 giugno 2008, «con proprio decreto, ha rinviato a nuovo ruolo la trattazione della questione [...] già fissata per la camera di consiglio dell'11 giugno p.v.». Per giustificare questa scelta la Corte ha espressamente motivato, sempre nel solo comunicato stampa, che essa «ritiene di dover *attendere le eventuali iniziative legislative e le conseguenti decisioni del nuovo Governo e del nuovo Parlamento, riservandosi di fissare, trascorso un tempo ragionevole*, una nuova camera di consiglio per la definizione della questione»⁸⁷. In questo particolare caso, che non si è comunque più ripetuto, va notato che il tempo “concesso” dalla Corte costituzionale al Parlamento per intervenire non è stato molto diverso da quello espressamente assegnato nel caso Cappato o nel caso in esame. Il procedimento dinanzi alla Corte costituzionale si è infatti concluso, ad un anno di distanza, con la sentenza [n. 173 del 2009](#) senza però che il legislatore avesse operato nel frattempo alcuna modifica della disciplina⁸⁸. Questo esempio dimostra, quindi, che la volontà della Corte costituzionale di “non decidere” per lasciare il tempo al legislatore di intervenire può efficacemente essere raggiunta, oltre che con le sentenze monito (che hanno però il “difetto” di concludere il procedimento dinanzi alla Corte costituzionale), con metodi ordinari che consentirebbero alla Corte costituzionale di rapportarsi con il legislatore senza la necessità di operare “stravolgimenti” del processo costituzionale «a colpi di sentenza»⁸⁹.

più o meno delicate, rispetto alle quali - comunque - le questioni di costituzionalità rimangono intonse». In tema si vedano anche le osservazioni di C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'ordinanza Cappato*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2019, 14 e di R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, cit., 106. Sul punto anche E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., 545, il quale sottolinea che «Non è certo l'ordinanza interlocutoria lo strumento normalmente utilizzato al mero (ed esplicito) scopo di “dare” e “prendere” tempo in relazione al *merito* della decisione da assumere».

⁸⁶ In senso parzialmente analogo si veda R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, cit., 11, il quale, pur ritenendo che l'ordinanza sia da far rientrare nelle ordinanze interlocutorie, sottolinea che la Corte si sia servita, nel caso Cappato, dei propri poteri di gestione del processo costituzionale «per finalità che appaiono improprie» poiché «rinvia la propria decisione, per motivi estranei al giudizio». A tal proposito, l'Autore, sottolinea anche che «un conto è rinviare la discussione di una certa questione prima che la stessa, in effetti, abbia luogo; altra cosa è giudicare, nel merito – così come è avvenuto nel caso di specie – le doglianze prospettate dal giudice rimettente e solo in un secondo momento, quale conseguenza del confronto che si è già consumato in camera di consiglio, procrastinare il relativo verdetto di undici mesi» (10).

⁸⁷ Comunicato stampa 5 giugno 2008 “[Intercettazioni telefoniche](#)” (enfasi aggiunta).

⁸⁸ Questa tipologia di utilizzo dei tempi del processo costituzionale per favorire l'intervento del legislatore sembra essere stata proposta in dottrina da V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, cit., 340, il quale ha sostenuto che «si potrebbe, al limite, pensare ad un semplice rinvio della decisione espressamente motivato dalla Corte [...] in relazione al fatto che sia in corso un *iter* legislativo, e che appaia opportuno perciò pronunciarsi sulla costituzionalità delle norme denunciate solo dopo che il legislatore abbia completato l'intervento *in itinere*». Da questo punto di vista, non può però non sottolinearsi che nella prospettiva immaginata da Valerio Onida si stia trattando probabilmente di un *iter* legislativo vicino alla sua definitiva conclusione parlamentare, dinanzi al quale quindi la Corte costituzionale potrebbe “cedere il passo” al legislatore attraverso strumenti ordinari di gestione del processo costituzionale senza motivare le ragioni di merito relative alla questione di legittimità costituzionale ma argomentando solo la necessità di posticipare la data della trattazione.

⁸⁹ L'efficace espressione è di G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità*, cit., 201, in relazione proprio all'ipotesi di introdurre uno schema simile a

In conclusione, tale tecnica di decisione – che si inserisce in un più ampio spettro di modalità attraverso le quali la Corte costituzionale modula il processo costituzionale oltre i confini determinati dall'ordinamento⁹⁰ – ci consegna il ritratto di una Corte costituzionale che attraverso dei procedimenti creativi enfatizza, probabilmente oltre il ragionevole, la propria anima politica⁹¹ a discapito della discrezionalità del legislatore

quello utilizzato dalla Corte costituzionale nel caso trattato (v. *supra* nota 76). In senso diverso alla posizione espressa nel testo si veda P. CARNEVALE, *Incappare in...* Cappato. *Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in questa [Rivista, Studi, II/2019](#), 375, il quale, in riferimento all'ordinanza emessa nel precedente caso Cappato, ritiene che non vi sia stata «una rilevante fuoriuscita dalle forme processuali, né tantomeno una pretesa ennesima esorbitanza dell'anima politica su quella giurisdizionale, ma al più un (peraltro limitato) tentativo di adattamento delle regole processuali ai valori costituzionali sostantivi in gioco, funzionale alla loro migliore soddisfazione».

⁹⁰ Ci si riferisce in particolare alle note sentenze sull'inefficacia temporale retroattiva delle sentenze di accoglimento di una questione di legittimità costituzionale in via incidentale e, in particolare, alla sentenza [n. 10 del 2015](#). A questo può essere accostato anche il procedimento relativo all'ammissibilità della questione di legittimità della legge elettorale per l'elezione del Parlamento nazionale. Il collegamento tra questi casi e la nuova tecnica decisoria della Corte costituzionale è valutato da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 253 ss. e da U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'...* «*facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale*», cit., 1 s. Diversamente secondo E. CHELI, *Corte costituzionale e sistema politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 789, con queste pronunce la Corte non ha introdotto nulla di "eccezionale" ma ha semplicemente «adatta[to] la flessibilità dello strumento processuale al rilievo degli interessi in campo».

⁹¹ Politicità della Corte rimarcata, tra gli altri, in particolare da A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere*, cit., 570, il quale parla di «un vistoso innalzamento del "tasso" di politicità dei giudizi» costituzionali.

Massimiliano Mezzanotte - Alessandro Rosario Rizza
La trasfigurazione del diritto all'oblio*

Forgetting is an involuntary act. The more you want to leave something behind you, the more it follows you.

WILLIAM JONAS BARKLEY

ABSTRACT: *The Court of Cassation returns to rule, with a monumental order, on the right to be forgotten on the web. The contribution highlights two critical profiles.*

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale e la lente d'ingrandimento della Corte di cassazione – 2. La rettifica come «garanzia» del diritto all'oblio. Rischi e pericoli. –3. Il dato economico, il diritto di cronaca e l'oblio. – 4. L'involuzione del diritto alla *privacy* storica.

1. La vicenda processuale e la lente d'ingrandimento della Corte di Cassazione.

Il caso trae origine da alcuni articoli apparsi su un quotidiano nazionale relativi alla controversa vicenda giudiziaria di un noto imprenditore, ormai defunto, per il quale agiva, in proprio ed in qualità di figlio legittimo, l'erede¹.

Più nello specifico, gli articoli riguardavano alcune vicende processuali che avevano coinvolto l'importante famiglia e il gruppo societario ad essa facente capo.

I detti articoli, successivamente, erano stati inseriti nell'archivio telematico del quotidiano, così da essere facilmente reperibili da chiunque effettuasse una ricerca, attraverso i più noti *search engine*, sulla famiglia interessata o sulla loro società.

Tuttavia, gli articoli esponevano i fatti di cronaca, ma la narrazione degli stessi si arrestava all'intervenuta sentenza di condanna, emessa in primo grado, senza riportare l'evoluzione successiva della vicenda.

In particolar modo, era intervenuta una pronuncia di assoluzione del giudice di seconde cure, già passata in giudicato. Sotto questo profilo, dunque, la notizia di cronaca giudiziaria, pur inserita in un archivio, appariva «fuorviante», «incompleta» e «non aggiornata».

L'Autorità Garante, inizialmente adita, riteneva però infondate le pretese dell'erede, che aveva domandato, in via principale, la cancellazione degli scritti dal sito del giornale e, in via subordinata, l'aggiornamento degli stessi.

La parte attrice impugnava così il provvedimento innanzi al Tribunale di Milano, affidandosi a più motivi di appello. Nello specifico, si domandava, in via graduata:

- 1) la rimozione degli articoli;
- 2) che i dati personali in essi indicati, quali il nominativo del padre e del gruppo societario, fossero resi anonimi;
- 3) l'aggiornamento delle informazioni attraverso «il riferimento al successivo proscioglimento con sentenza della Corte di appello», dunque, l'aggiornamento del dato; 4) la deindicizzazione degli articoli nei risultati di ricerca.

Tuttavia, il Tribunale meneghino – accogliendo la tesi della controparte – osservava che gli articoli risultavano, in effetti, non più indicizzati dai motori di ricerca, evidenziandosi peraltro che «il testo risultava attualmente raggiungibile esclusivamente dagli internauti che fossero entrati nell'archivio informatico» del giornale. Dirimente, come si vedrà, la constatazione che il quotidiano aveva provveduto, attraverso l'inserimento di un inciso, alla contestualizzazione della notizia, dando atto del successivo proscioglimento.

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

¹ [Cass. civ., 27 marzo 2020, n. 7559.](#)

Avverso la pronuncia, è stato proposto ricorso in cassazione, affidato a tre motivi. Tralasciando il primo, attinente alla legittimazione processuale, il ricorrente lamentava, nei successivi:

1) l'insufficiente e contraddittoria motivazione del provvedimento. Ciò in quanto – nonostante il Tribunale fosse giunto a conclusioni divergenti – digitando il nome della famiglia nei motori di ricerca, questi ultimi rinviavano, tra i primi risultati, all'archivio telematico del quotidiano nazionale;

2) l'erronea applicazione della normativa sulla riservatezza, laddove il giudice milanese aveva rigettato la richiesta volta alla deindicizzazione o rimozione del dato.

Meritevoli le premesse da cui muovono i giudici di Piazza Cavour. Il Collegio ritiene opportuno iniziare a svolgere le sue considerazioni partendo dal terzo motivo di ricorso, giacché la conclusione cui esso è giunto ha assorbito i restanti.

Secondo la Corte di cassazione, il caso in esame riguardava il bilanciamento tra la rilevanza storica di una notizia, che in sé racchiude l'interesse collettivo alla fruizione di un articolo, ed il diritto individuale al controllo sui propri dati. Ciò induce «a ragionare su quali siano i dati aventi una rilevanza storica o semplicemente storiografica, la conservazione dei quali è prevalente rispetto al diritto del singolo ad essere dimenticato dal contesto storico-sociale ed al diritto del singolo a mantenere il controllo dei dati relativi alla propria sfera personale fino al punto da poterne esigere la cancellazione quando siano venute meno le esigenze che ne hanno suggerito la raccolta e la diffusione».

Quest'ultimo profilo è stato inteso come un giusto corollario che trova fondamento nelle conclusioni cui giunse Cass. civ., 9 aprile 1998, n. 3679². Abbandonata l'idea del diritto all'oblio quale situazione giuridica elitaria, precisa la sentenza in commento, esso doveva essere inteso «come giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore ed alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente pubblicata», cosicché il diritto all'oblio comprenderebbe sia un profilo negativo, «consistente nel diritto ad essere dimenticato», sia un profilo positivo che si sostanziava nel «potere di controllo sui propri dati personali». Nella recente pronuncia, si è ribadita la natura del diritto all'oblio come diritto individuale, svincolato dalla notorietà del soggetto che domanda tutela. Esso, oggi, ingloba «la necessità di essere tutelati», perché «siamo tutti diventati potenziali protagonisti, esposti al pubblico dominio, con una identità personale da proteggere».

Il Collegio, andando così a chiarire un profilo glissato dalle recenti Sezioni Unite³, ha colto questa prospettiva – con dovizia di riferimenti giurisprudenziali interni ed eurolunitari – nel mondo informatico, dove gli articoli di cronaca, attuali o archiviati, diventano «pagine isolate di libri custoditi in mille diverse biblioteche».

L'informazione – che circola liberamente e per un tempo di permanenza, in tesi, infinito – rischierebbe, proprio a causa del fattore cronologico, di astrarsi dal suo contesto d'origine, di non rivelarsi più aggiornata a causa di eventi sopraggiunti: perciò la notizia vera, un tempo, diverrebbe falsa, domani, proprio per questa non corrispondenza tra evento e realtà fattuale.

Secondo il giudice, in questa nuova dimensione, «il diritto all'oblio assume il significato precipuo di diritto alla cancellazione dei dati e dei riferimenti che si ritiene che ledano la propria persona». Questo profilo, di evidente delicatezza, fa sì che vari attori siano obbligati al rispetto del diritto in esame, quali il soggetto che ha originariamente inserito il dato in questione, il gestore dell'archivio telematico, lo stesso motore di ricerca che provoca la risonanza mediatica dell'informazione, finanche, ritiene il Collegio, «chiunque altro ne riproduca il contenuto, riportando direttamente la notizia o inserendovi un *link*, attraverso le pagine di un sito o di un *social network*».

2. La rettifica come «garanzia» del diritto all'oblio. Rischi e pericoli.

² In *Giust. civ. mass.*, 1998, 778.

³ Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Foro it.*, 2019, 3071.

La [pronuncia](#) offre uno spunto di riflessione ben maggiore rispetto alla sentenza citata delle Sezioni Unite, per il modo in cui il Collegio si è approcciato al tema, ricostruendo sistematicamente il diritto all'oblio, in modo sconosciuto ai precedenti giurisprudenziali in materia, cercando di tracciarne le coordinate all'esterno ed all'interno del mondo digitale.

Tuttavia, alcuni profili meritano una riflessione.

L'osservazione di principio fatta dalla Corte, riportata in fondo al paragrafo precedente, sembra alludere al diritto all'oblio quale situazione giuridica autonoma, ma, nei successivi punti dell'ordinanza, il Collegio sembra stemperare l'importante *dictum*, incamminandosi per una differente strada.

Il Supremo Consesso sposta l'attenzione sulla percezione che la società ha di una determinata notizia, cosicché il diritto all'oblio sembra trasformarsi nell'aspettativa del singolo ad ottenere l'aggiornamento dell'informazione.

In altri termini, la rettifica dell'articolo, attraverso l'inserimento di incisi volti a rendere completa (nel senso di aggiornata) la notizia, sarebbe sufficiente a garantire la tutela richiesta. Nel caso di specie, non sarebbe configurabile alcuna violazione, perché il quotidiano aveva compiuto l'attività integrativa, dando atto, per mezzo di un inciso, della successiva assoluzione dell'imprenditore. Vediamo il percorso argomentativo attraverso cui si è arrivati a questa conclusione ed i rischi che potrebbe ingenerare.

La Corte di Cassazione interpreta il diritto all'oblio come particolare declinazione dell'identità personale, cioè come diritto della persona ad essere raffigurata per come essa effettivamente appare nel contesto sociale di riferimento⁴. Si osserva che «il cittadino ha il diritto ad essere rappresentato, nella realtà esterna della vita di relazione, con la propria identità ed a non vedere quindi travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, etico, ideologico, professionale».

Con un passaggio strategico, il Collegio ritiene che il *right to be forgotten* non è «ricollegato al diritto alla riservatezza, ma alla tutela dell'identità personale del soggetto», sicché «il cambio di prospettiva non poteva essere più radicale: dall'oblio/cancellazione all'aggiunta/contestualizzazione, dalla riservatezza all'identità sociale del soggetto».

Attraverso questa ricostruzione, la Corte declina la posizione giuridica in esame ora come diritto alla rettifica, adesso come espressione dell'identità personale (sul cui profilo si tornerà alla fine di questo paragrafo), escludendo che il diritto all'oblio possa legittimare la cancellazione di una notizia.

Osserva la Corte: «posto, allora, che non vi può essere una vera e propria pretesa alla cancellazione del proprio passato, si comprende che il vero problema è rappresentato dalla distorsione dell'immagine del soggetto, costruita col tempo dopo la vicenda oramai dimenticata, provocata dalla riemersione della notizia». A questa osservazione, che prelude le conclusioni cui giunge il Collegio, segue poi un'attenta ricostruzione del quadro giurisprudenziale di riferimento.

Si può innanzitutto dire che l'approdo, sotto un profilo di coerenza sistematica, si pone in linea continua con l'indirizzo giurisprudenziale oggi maggioritario⁵.

Il diritto all'oblio è ancora inteso come una posizione giuridica derivata, figura multiforme che assume le sembianze di altri diritti della personalità: l'oblio sembra intendersi come un profilo del diritto alla rettifica ovvero una declinazione dell'identità personale. Non diritto indipendente, ma

⁴ La pronuncia di riferimento è ancora Cass. civ., 7 febbraio 1996, n. 978, con nota di G. CASSANO, *Contenuto e limiti del diritto all'identità personale (in margine allo sceneggiato sul caso "Re Cecconi")*, in *Dir. inf.*, 1997, 118. L'identità personale è un «bene-valore costituito dalla proiezione sociale della personalità dell'individuo, cui si correla un interesse del soggetto ad essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, a non vedere quindi, all'esterno, modificato, offuscato o comunque alterato il proprio patrimonio intellettuale, ideologico, etico, professionale quale già estrinsecatosi o destinato, comunque, ad estrinsecarsi, nell'ambiente sociale, secondo indici di previsione costituiti da circostanze obiettive ed univoche». Cfr. anche l'importante approdo di Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, con nota di A. PACE, *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, in *Giur. cost.*, 1994, 103.

⁵ Cfr. l'orientamento di Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, cit.; secondo cui il diritto all'oblio, nel mondo digitale, consiste nel vedersi ricollocata la notizia in un contesto aggiornato ed attuale.

«strumento», «porta di passaggio» attraverso cui garantire la tutela di diverse (ed autonome) situazioni⁶.

Questa visione frammentata, che evoca ancora la tesi pluralistica sui diritti della personalità⁷, presenta alcuni vantaggi ed altrettanti profili critici.

Sotto il primo aspetto, la ricostruzione si lascia apprezzare perché permette un facile adattamento del diritto all'oblio al singolo caso: il diritto rileverà sotto il profilo che meglio si addice alla tutela della posizione giuridica contingentemente lesa. A sua volta, la rettifica, concepita come singolare declinazione dell'oblio, permetterebbe agli operatori del mondo giornalistico (ma, invero, a chiunque abbia pubblicato una certa informazione) di intervenire sulla notizia, edita in passato, adattandola e, dunque, garantendo l'identità personale del protagonista.

Per quanto riguarda gli aspetti critici, invece, si potrebbe partire proprio da qui, dicendo che la rettifica è certo idonea a garantire l'identità personale, ma – di converso – sembra inadatta ad assicurare l'oblio: attraverso l'integrazione della notizia, *ex post*, sarebbe sempre possibile aggirarlo⁸.

Il problema, pare intuirsi, ruota, ancora una volta, sulla natura dell'oblio come diritto autonomo e non come situazione derivata o strumentale rispetto alle altre⁹. Adottando questa prospettiva, l'osservazione del Collegio, secondo cui è lodevole il passaggio dal diritto all'oblio, inteso come cancellazione del dato, all'oblio, inteso come rettifica della notizia, non appare più condivisibile.

La Corte sembra sfumare i contorni: da una «tutela forte», rappresentata dalla cancellazione del dato, si passerebbe ad una «tutela debole», volta alla rettifica.

La ricostruzione frammentata del diritto all'oblio, come se esso fosse un Cerbero dalle tre teste¹⁰, sembra importare un altro rischio. Che esso, di volta in volta, emerga sotto differenti profili ritenuti di rilievo dal singolo giudice, introducendosi un elemento di discrezionalità ed incertezza sulla tutela.

Ricorrendo ad un esempio, si pensi ai recenti problemi sollevati dal *revenge porn*. In tal caso, solo la cancellazione potrebbe rappresentare un valido rimedio all'odiosa diffusione delle immagini nella rete¹¹. Si potrà validamente discutere sulla garanzia effettiva di tale cancellazione, stante l'incontrollabilità del dato (e la sua infinita circolazione) una volta immesso nella galassia digitale, ma non può certo discutersi sull'esistenza di un diritto alla cancellazione, che rappresenta il «nocciolo duro» dell'oblio, con esso identificandosi.

In questo senso, quando si invoca il *right to be forgotten* si vuole innanzitutto la rimozione di una notizia, l'esercizio di un effettivo controllo sui propri dati, che per dirsi tale deve ricomprendere anche la facoltà, da riconoscersi al singolo, di domandare l'eliminazione di una notizia, qualora essa non soddisfi più un interesse pubblico e sia trascorso un ragionevole lasso di tempo¹² che l'abbia resa non più attuale¹³.

⁶ A favore di questa ricostruzione, v. G. CASSANO, *Il diritto all'oblio esiste: è il diritto alla riservatezza*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, spec. 90; analoghe osservazioni in G. CASSANO, *Il diritto alla riservatezza*, in G. Cassano (a cura di), *Nuovi diritti della persona e risarcimento del danno. Tutela civile e penale*, Torino 2003, 304 ss.; cfr. anche G. FINOCCHIARO, *Le Sezioni Unite sul diritto all'oblio*, in *Giust. civ.*, 2019, 3-4.

⁷ Su questa concezione, superata dalla giurisprudenza successiva, cfr., *ex multis*, Trib. Roma, 25 febbraio 1956, con nota adesiva di A. DE CUPIS, *Tutela giuridica contro le alterazioni della verità personale*, in *Foro it.*, 1956, 1384.

⁸ Su profili tangenti F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, Torino 2013, 151.

⁹ In questo senso cfr. G. GIACOBBE, *Il diritto alla riservatezza: da diritto di elaborazione giurisprudenziale a diritto codificato*, in *Just.*, 1999, spec. 113, l'Autore – sul presupposto che il diritto all'oblio sia ontologicamente diverso dalla riservatezza e dall'identità personale – auspicava un ripensamento giurisprudenziale, osservando che «le soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul tema sono state varie ed ampiamente articolate: l'acquisizione del diritto all'oblio, come situazione giuridica soggettiva autonoma ed ormai riconosciuta, sembra che consenta di ritenere che quelle problematiche, se non superate, hanno ormai un univoco criterio per la loro risoluzione.

¹⁰ M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio secondo le Sezioni Unite: cerbero o chimera?*, in *Giur. cost.*, 2020.

¹¹ T. COLE, C. POLICASTRO, C. CRITTENDEN, K. MCGUFFEE, *Freedom to Post or Invasion of Privacy? Analysis of U.S.: Revenge Porn State Statutes*, in *Victims & Offenders*, 31 gennaio 2020, 4.

¹² In tal senso già G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 813.

¹³ Sul legame tra decorso del tempo e inutilità sociale dell'informazione v. M.R. MORELLI, voce *Oblio*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 2002, 851-852. Cfr. anche M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli 2009, 122 ss.

Da qui, un passo ulteriore: il diritto alla rettifica, per come inteso dal Collegio, sembra essere situazione a sua volta derivata. In altri termini, è come se la Corte avesse bilanciato il diritto all'oblio con il diritto della collettività ad essere informata¹⁴. Ecco che il diritto alla rettifica rappresenterebbe il giusto equilibrio, una soluzione accettabile per garantire una notizia aggiornata, assicurando al contempo l'interesse collettivo alla conoscenza dei fatti che possono condizionare una data realtà, anche economica.

Ma neppure questa ricostruzione si sottrae a letture inverse: il diritto all'oblio non è, come la riservatezza, il profilo inverso del diritto di cronaca¹⁵, bensì autonoma figura volta a tutelare il diritto ad essere dimenticati, il che si verifica solo attraverso la rimozione di una notizia.

La rettifica, dunque, è stata utilizzata dalla Corte per tutelare l'identità personale, che è, però, qualcosa di diverso dal *right to be forgotten*, il quale «presenta aspetti del tutto singolari e peculiari che ne impongono una autonoma definizione»¹⁶.

Concludendo questo profilo, sembra potersi dire che la Corte ha fatto ricorso a più diritti, ora per tutelare situazioni giuridiche in essi ricomprese ed esaurite, ora per creare un rapporto di strumentalità.

Il diritto all'oblio, invece, non ha assunto un contenuto autonomo, trasformandosi in una scatola vuota, all'interno della quale troverebbero tutela situazioni giuridiche diverse.

È vero che talvolta vi può essere equivalenza tra questi diritti e l'oblio, ma l'equivalenza, spesso dovuta al caso deciso, non esclude, ma anzi presuppone la diversità.

Scriveva Francesco Carnelutti che «l'uguaglianza suppone non l'identità, ma l'alterità, ossia due diversi» e perciò «non solo non esclude ma implica la differenza»¹⁷, quella stessa differenza che la Corte di Cassazione stenta a ravvisare tra diritto all'oblio e gli altri diversi, sebbene simili, diritti della personalità.

3. Il dato economico, il diritto di cronaca e l'oblio.

Un secondo punto cruciale della [decisione](#) è il rapporto tra diritto all'oblio e dato economico.

Nella parte motiva, si sottolinea che il dato personale, oggetto del diritto di cronaca giudiziaria, riguardava – come già ricordato – l'attività imprenditoriale del defunto, azionista di riferimento di una società di rilievo nazionale.

La Corte di Cassazione condivide, in particolare, l'assunto del tribunale milanese, secondo il quale «nel bilanciamento dei contrapposti interessi sussiste e permane l'interesse della collettività, ed in particolare nel mondo economico, di “fare memoria” di vicende rilevanti per un soggetto che si presenta come primario centro di imputazione di interessi economici rilevanti per la collettività», dovendosi peraltro «ricordare che, tra tutti i dati personali, quelli interessanti l'attività economica esercitata offrono la maggior resilienza all'azione di compressione esercitabile a tutela della riservatezza dei soggetti cui i dati pertengono. Non può, quindi, seriamente contestarsi il potenziale interesse pubblico a conoscere la storia di un primario attore nell'ambito economico nazionale, ivi incluse le lotte scatenatesi per il controllo del gruppo societario».

¹⁴ A favore del bilanciamento tra cronaca ed oblio cfr. A. CERRI, *Diritto di cronaca, diritto di rievocare fatti passati versus diritto di riservatezza e diritto all'oblio*, in *Crit. dir.*, 2008, 236 ss.

¹⁵ Evidenzia questo profilo di autonomia G. MARCHETTI, *Diritto di cronaca online e tutela del diritto all'oblio*, in R. Cafari Panico (a cura di), *Da Internet ai Social Network*, Rimini 2013, 75 ss.

¹⁶ L. CRIPPA, *Il diritto all'oblio: alla ricerca di un'autonoma definizione*, in *Giust. civ.*, 1997, 1990. A favore di una differenza tra oblio e identità personale M.R. MORELLI, voce *Oblio*, cit., 851; M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo*, cit., 81 ss.; con riferimento anche al *right to privacy*, S. MORELLI, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del c.d. diritto all'oblio)*, in *Giust. civ.*, 1997, 517.

¹⁷ F. CARNELUTTI, *Dialoghi con Francesco*, Roma 1947, 148 e 150. Analoga osservazione anche in F. CARNELUTTI, *La morte del diritto*, in F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1953, 275 ss., 287 ss.

Una tale ricostruzione fa nascere più di qualche perplessità legata ai tre passaggi logici che vengono fatti, uno attinente alla tipologia del dato, un altro alla distinzione riguardante l'interesse che il differente dato economico può assumere per la collettività, il terzo alla cronaca economica che riguarda imprese di grandi dimensioni

In merito al primo problema, il dato economico, quindi, assume un peso differente e privilegiato nei confronti del contrapposto diritto all'oblio, al punto da prevalere su questo.

In alcuni casi esso ha, per così dire, una durata stabilita direttamente dall'ordinamento. Si pensi, ad esempio, agli istituti della cancellazione dei protesti (art. 17, comma 6-*bis* della legge 108/1996¹⁸). Ma questa previsione, riguardante dati economici, si scontra con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia dell'UE, che, con la decisione del 9 marzo 2017¹⁹, ha sottolineato che per i dati personali contenuti nel registro delle imprese non esiste un diritto alla *privacy* storica; tuttavia, gli Stati possono

¹⁸ Secondo questo articolo «1. Il debitore protestato che abbia adempiuto all'obbligazione per la quale il protesto è stato levato e non abbia subito ulteriore protesto ha diritto ad ottenere, trascorso un anno dal levato protesto, la riabilitazione.

2. La riabilitazione è accordata con decreto del presidente del tribunale su istanza dell'interessato corredata dai documenti giustificativi.

3. Avverso il diniego di riabilitazione il debitore può proporre opposizione. L'opposizione è disciplinata dall'articolo 13 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

4. Il decreto di riabilitazione è pubblicato nel Bollettino dei protesti cambiari ed è opponibile ai sensi del comma 3 da chiunque vi abbia interesse.

5. Abrogato.

6. Per effetto della riabilitazione il protesto si considera, a tutti gli effetti, come mai avvenuto.

6-*bis*. Il debitore protestato e riabilitato ha diritto di ottenere la cancellazione definitiva dei dati relativi al protesto anche dal registro informatico di cui all'articolo 3-*bis*, del decreto legge 18 settembre 1995, n. 381, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 novembre 1995, n. 480. La cancellazione dei dati del protesto è disposta dal responsabile dirigente dell'ufficio protesti competente per territorio non oltre il termine di venti giorni dalla data di presentazione della relativa istanza, corredata del provvedimento di riabilitazione.

6-*ter*. Ove sussistano tutte le condizioni indicate nel comma 1, è consentita la presentazione di un'unica istanza di riabilitazione anche in riferimento a più protesti, purché compresi nello spazio temporale di un triennio».

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 2017, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce c. Salvatore Manni*, causa C-398/15. La questione era sorta davanti al giudice nazionale (Tribunale di Lecce) e vedeva come protagonista l'amministratore di una società che si era aggiudicata l'appalto per la costruzione di un complesso turistico. Sennonché le unità immobiliari di questa struttura erano rimaste invendute dal momento che, lamentava il ricorrente, i potenziali acquirenti avevano scoperto che il venditore era stato amministratore di una società fallita nel 1992 e liquidata nel 2005.

Queste informazioni negative avrebbero vanificato le vendite. Per tale ragione, nel processo instaurato davanti il Tribunale salentino, il ricorrente chiedeva il riconoscimento del diritto ad un'anonimizzazione dei dati contenuti nel registro delle imprese, riguardanti il fallimento della prima società, oltre al risarcimento dei danni causati.

In primo grado il Tribunale aveva accolto la domanda, decisione confermata anche dalla Corte di appello. La Cassazione – sez. I, 17 luglio 2015, in *Giur. it.*, 2015, 2651 ss.; per un commento a tale decisione, A. RICCI, *Pubblicità del registro delle imprese e diritto alla protezione dei dati personali. Riflessioni a margine di una recente sentenza della Cassazione*, in [Giustizia Civile.com](http://GiustiziaCivile.com), 2016 – investita della questione, operò un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendo se la direttiva 95/46/CE sulla tutela dei dati delle persone fisiche, in combinato disposto con la direttiva 68/151/CEE sulla pubblicità degli atti delle società, permettesse a chiunque di accedere ai dati relativi alle persone fisiche contenuti nel registro delle imprese.

La Corte di Giustizia, nella sentenza richiamata, ha precisato che dal momento che i diritti e i rapporti giuridici di una società rispetto ai vari soggetti sono potenzialmente molteplici (anche in diversi Stati e anche dopo lo scioglimento della stessa) e che vi è una eterogeneità dei termini di prescrizione di Stato in Stato rispetto al medesimo diritto o rapporto giuridico, risulta impossibile identificare un termine univoco allo scadere del quale sarebbe possibile anonimizzare i dati personali contenuti nel registro delle imprese. Gli Stati non sono quindi tenuti a garantire il diritto alla cancellazione di tali dati, nemmeno decorso un certo periodo di tempo dallo scioglimento della società, tenendo anche presente che solo un numero limitato di dati personali è riportato nel registro delle imprese.

In situazioni particolari e trascorso un periodo di tempo sufficientemente lungo dallo scioglimento della società, ragioni preminenti e legittime, connesse ad un caso concreto riguardante la persona interessata, possano giustificare eccezionalmente una limitazione all'accesso ai dati contenuti nel registro delle imprese a favore dei soli terzi che dimostrino un interesse particolare e specifico alla loro consultazione. Per un commento a tale decisione, A. PISAPIA, *La Corte di giustizia interviene in materia di cancellazione di dati personali dal registro delle imprese: il difficile bilanciamento tra pubblicità e riservatezza*, in Federalismi.it, 2017.

stabilire una limitazione all'accesso da parte dei terzi, nel caso in cui sia trascorso un lasso di tempo sufficientemente lungo. Questa particolare resistenza temporale è giustificata dal fine di garantire la certezza del diritto nelle relazioni tra società e terzi, per cui bisogna permetterne l'accesso quando la conoscenza di tali informazioni è necessaria.

Anche questa decisione, nonostante le problematiche ad essa sottese²⁰, non ha escluso il diritto all'oblio, ma è giunta ad individuare, comunque, periodi massimi di permanenza dei dati «rispetto alle finalità perseguite, unicamente ove trattati dai soggetti privati che utilizzano il medesimo al fine di informazione commerciale, per così dire, derivata e rielaborata, decorsi i quali, determinati dati dovrebbero, quindi, essere consultabili solo nel registro delle imprese». In questo caso, allora, il registro delle imprese può essere assimilato ad una sorta di archivio storico delle vicende societarie.

Il secondo passaggio complica però questa ricostruzione. Il dato economico diviene oggetto di graduazione allorquando attiene ad imprese di interesse nazionale. In questo caso, quindi, l'interesse collettivo permette di creare vari livelli della tipologia di informazione. Nel grado superiore, il dato non può essere dimenticato, ma essere sempre oggetto di ricostruzione di carattere economico, in ragione dell'ampiezza del suo rilievo. In tale ultima ipotesi, dunque, la struttura organizzativa andrebbe ad amplificare l'importanza dell'informazione; i riflettori per tali vicende dovrebbero restare sempre accesi, prescindendo dalla circostanza che il decorso del tempo potrebbe incidere sull'interesse sociale degli stessi. In realtà, non sembra che sugli stessi debba seguirsi un orientamento differente da quello indicato dalla Corte di giustizia. Anche per questi il decorso del tempo potrebbe incidere sulla libera circolazione, restringendone l'ambito.

Ma è soprattutto il terzo passaggio che fa sorgere più di qualche perplessità. Con esso si giunge ad assimilare il trattamento dei dati economici alla relativa cronaca. Nella vicenda in commento rilevano i profili economici di una impresa, non intesa, però, come dato diretto ed oggettivo, bensì come vicende personali (lotte intestine per il controllo societario), che rientrano nella cronaca economica, ma non rappresentano un vero e proprio dato economico. Per queste notizie, in particolare, non è dato scorgere un differente trattamento da quelle di cronaca giornalistica. Per esse valgono le stesse regole previste per il diritto all'oblio, ossia il venir meno dell'interesse pubblico per il decorso del tempo.

Per dirla in altri termini, non è il dato economico di grandi imprese ad assumere un rilievo oggettivo, bensì vicende di cronaca il cui interesse permane solo in caso di attualità o se la notizia viene riesumata per qualche ragione. Diversamente, con il decorso di un tempo ragionevole, il rilievo viene meno e i riflettori si spengono definitivamente.

L'ago della bilancia, in questo caso, è solo ed esclusivamente l'interesse collettivo, e le vicende private appaiono del tutto irrilevanti, se non sotto il profilo, appunto, storico. Questo aspetto viene messo in evidenza dalla stessa decisione, che sottolinea come la deroga al diritto all'oblio è ammessa proprio perché sussisterebbe l'interesse collettivo a conoscere «la storia» di un primario attore economico. Ma si tratta, appunto, di interesse storico, che nulla a che vedere con altri tipi di informazioni, anche di natura economica.

Per tale motivo, se il ragionamento della Cassazione appare coerente con gli orientamenti della Corte di Giustizia, l'utilizzo effettuato appare erroneo in relazione alla natura dei dati oggetto del giudizio.

4. *L'involuzione del diritto alla privacy storica.*

Le più recenti sentenze evidenziano una regressione della tutela del diritto all'oblio, i cui connotati diventano sempre più evanescenti.

²⁰ In particolare, le problematiche sono legate alla rielaborazione dei dati e al riuso degli stessi da parte di società che offrono informazioni commerciali, come segnalato da A. MANTELETO, *Diritto all'oblio e pubblicità del registro delle imprese*, in *Giur. it.*, 2015, 2655 ss.

Già nella citata pronuncia delle Sezioni Unite, nonostante i tentativi di specificare i caratteri del diritto all'oblio, si è assistito ad una brusca virata verso un depotenziamento di questa situazione giuridica soggettiva. Ciò è avvenuto nonostante negli anni si sia riscontrato più di qualche timido passo in avanti da parte della giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, spalleggiata da quella europea²¹, muovendosi all'interno di un «reticolo di norme nazionali ed europee»²².

Nella decisione delle Sezioni Unite, il giudice ha considerato che anche le notizie di cronaca possano diventare, con il tempo, fatti storici di rilievo, dimenticando peraltro che l'attività storiografica è attività differente dalla narrazione di fatti di cronaca da parte dei quotidiani.

Così facendo, il diritto all'oblio, inteso come diritto alla cancellazione di informazioni provenienti dal passato, in grado di alterare la condizione di vita e lavorativa di un individuo, viene degradato a diritto alla deindicizzazione dell'informazione, al suo accesso limitato, in modo da restringerne la conoscibilità, ma non di eliminarlo del tutto dalla conoscenza degli altri.

Anche la [sentenza in esame](#) si colloca in questo *trend*, giungendo peraltro ad un'estensione dei metodi di conservazione dei dati. L'informazione giunge ad avere il trattamento dello stesso dato cui si riferisce; la cronaca giornalistica inerente ai dati economici ha la stessa considerazione (di natura privilegiata) propria di questi ultimi. Prevale, cioè, una sorta di principio di conservazione dei dati, a discapito della richiesta di cancellazione, essenza del diritto all'oblio.

Con questa tendenza, però, si corre il serio rischio di tramutare il diritto alla *privacy* storica in un mero limite della libertà di informazione e non autonomo diritto, così degradando una situazione giuridica soggettiva ad una *conditio sine qua non* di un diritto fondamentale. Un arretramento culturale e giuridico perché «liberarsi dall'oppressione dei ricordi, da un passato che continua a ipotecare pesantemente il presente diviene un traguardo di libertà»²³, che non va, ovviamente, perso o sacrificato nel nome di interessi che non tengono in adeguata considerazione i fondamentali diritti della persona, e non permettono di individuare un giusto equilibrio tra memoria individuale e memoria sociale.

²¹ Sottolinea tale profilo del diritto all'oblio, R. PARDOLESI, *L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio*, in [Questione Giustizia](#), 2017, 76.

²² Cass. Civ., 20 marzo 2018 n. 6919, con nota di R. PARDOLESI, S. BONAVITA, *Diritto all'oblio e buio a mezzogiorno*, in *Foro it.*, 2018, 1145 ss.

²³ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 406, il quale ricorda che «negli Stati Uniti le leggi prevedono minuziose casistiche riguardanti le attività economiche, tanto che dopo quattordici anni non si può dare notizia neppure d'una bancarotta fraudolenta».

Maria Agostina Cabiddu
CSM e decadenza:
tra interpretazione e riscrittura della Costituzione

ABSTRACT: *The essay critically analyses the decision of the Italian Superior Counsel for Judicial Officers (Consiglio Superiore della Magistratura – CSM) regarding the termination of one of its members due to his (mandatory) retirement from judicial office. The author focuses in particular on the identification of the nature and function of the Counsel according to the relevant provisions of the Italian Constitution. In light of this approach, the CSM’s decision appears ultimately in conflict with the constitutional purpose of the Counsel itself, which is to safeguard and guarantee the general interest in relation to the judicial power rather than to represent and manage the interests of the judicial officers.*

SOMMARIO: 1. *Dràmatis personae* - 2. Antefatti - 3. Chi fa che cosa - 4. Trovate e invenzioni - 5. *Misunderstandings* - 6. Leggi e ri-leggi - 7. Precedenti - 7.1. Il parere del Consiglio di Stato - 7.2. La sentenza del Consiglio di Stato - 7.3. Il precedente “proprio” - 8. Rappresentanza e rappresentazione - 9. Postilla su questione preliminare.

1. *Dràmatis personae*.

In data 19 ottobre 2020 il *Plenum* del Consiglio Superiore della Magistratura ha approvato (con 13 voti a favore, 6 contrari e 5 astensioni) la proposta della Commissione verifica titoli di deliberare “la cessazione del dott. Piercamillo Davigo dalla carica di membro togato del Consiglio Superiore della Magistratura a seguito di collocamento a riposo per raggiunti limiti di età, a partire dal 20/10/2020” e contestualmente “convalidare l’elezione a componente del Consiglio Superiore della Magistratura, subentrante a componente cessato dalla carica per raggiunti limiti di età, quale magistrato che esercita funzioni effettive di legittimità, il dottor Carmelo Celentano”.

Si è concluso così il primo atto di una vicenda degna della fantasia di un grande sceneggiatore, che, sfuggendo ai canoni drammaturgici (pseudo)aristotelici delle famose tre unità (di luogo, di tempo e di azione), ha già riservato e promette di riservare ancora “colpi di scena”. Non tutto accade nelle ovattate stanze del Palazzo dei Marescialli: per quel che è dato sapere, poco più in là, in via dei Portoghesi, si muove l’Avvocatura dello Stato, alla quale è richiesto un parere, ritenuto – del tutto inopinatamente – molto rilevante e poi, sparse per la città, ci sono le sedi dei giornali, delle Riviste e delle televisioni dove, senza sosta, si lavora al “caso” e chissà...; l’orizzonte temporale, ben al di là di quello che si svolge, classicamente, dall’alba al tramonto, si dilata dal momento dell’apertura della pratica, su richiesta del diretto interessato, fino in limine alla data del suo settantesimo compleanno, quando, improvvisamente, tutto precipita, smentendo le previsioni della vigilia; quanto all’unità di azione, ciò che emerge dal verbale della seduta del 19 ottobre è, in realtà, solo un racconto parziale, non potendosi escludere - e anzi essendo certi, dato il ricorso al TAR subito presentato - ulteriori svolgimenti: il nastro è stato già riavvolto e altri personaggi, a iniziare appunto dai giudici amministrativi, compariranno sulla scena prima che la vicenda possa dirsi conclusa.

Come nei migliori “*chronicle plays*” shakespeariani, tra gli interpreti figurano “eroi” della nostra storia recente e della cronaca istituzionale ma anche il (piccolo) mondo che li attornia: caratteri e sentimenti più o meno nobili, equivoci e giochi di potere e, al centro di tutto, un tema che trascende le vicende dei singoli e attinge l’universale (*rectius*, in questo caso: la dimensione costituzionale).

«Davvero si pensa che Piercamillo Davigo possa rimanere in carica al Consiglio Superiore anche quando non sarà più magistrato?» si era chiesto, un *ex* componente del Consiglio Superiore, avvertendo che un tale convincimento «si porrebbe in netto contrasto con la legalità e la funzionalità dell’organo e con le esigenze di rappresentatività e di legittimazione che devono caratterizzare

l'attività del Consiglio Superiore e in particolare modo della Sezione disciplinare»¹. Certo, anche a prendere per buone quelle preoccupazioni, si potrebbe facilmente obiettare, secondo l'ammonimento evangelico (Lc 6, 39-45), che, nella situazione data, altri sono i problemi che mettono a repentaglio la credibilità e la legittimazione dell'organo e tuttavia non è questo il momento per liquidare apoditticamente l'una o l'altra tesi, non fosse che perché tutte suscettibili di ricadute sulla collocazione costituzionale del Consiglio e comunque dipendenti da un certo modo di intendere lo stesso: organo di autogoverno², come si dice con formula ambigua³ o organo di garanzia e, se questa è la domanda, occorre ragionare, per quanto possibile, con mente scevra da ogni posizione preconcepita: cosa ovvia e appunto per questo non andrebbe detta, se non fosse che, in questa vicenda, anche le ovvietà sono continuamente rimesse in discussione.

Fatto sta che la questione della decadenza "è di rilievo generale, giacché qualifica la natura della "rappresentanza togata" in seno al CSM"⁴ e allora eccolo il vero protagonista di questa vicenda: il C.S.M., il suo ruolo, il suo "posto" nella Costituzione e nell'attuazione costituzionale.

2. Antefatti.

Per rendersi conto delle funzioni e del ruolo del Consiglio Superiore, in relazione alla collocazione di questo nell'ordinamento, se ne deve osservare, innanzitutto, la composizione, stabilita nelle sue linee essenziali dall'art. 104 Cost., subito dopo l'affermazione della magistratura come "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere": "una delle formule della Carta più precise e felici"⁵, che delinea un potere, che proprio in quanto anche "ordine" - non "corpo" separato, titolare di interessi particolari - gode della garanzia costituzionale, con l'avvertenza però che "estraneità all'intermediazione politica, imparzialità e indipendenza (...) stanno e cadono assieme, sicché se la prima fosse negata e la seconda non fosse praticata, la terza non potrebbe più essere pretesa"⁶.

Su questa premessa, frutto di un intenso dibattito in Costituente⁷, il punto di equilibrio circa la composizione del Consiglio fu trovato, come è noto, sull'emendamento suggerito dall'on. Scalfaro

¹ Così, N. ROSSI, *Sta per nascere al CSM un caso Davigo?*, in [Questione Giustizia](#) del 31 luglio 2020.

² "Organo politico - organo di garanzia. Posto il quesito in modo così netto, la risposta maggioritaria in dottrina è, senza dubbio, per la seconda ipotesi. Sennonché, nell'uso corrente, il Consiglio è qualificato "organo di autogoverno" e addirittura vi è stato un congresso dell'Associazione nazionale magistrati (1996) intitolato «Governo della giustizia e autogoverno della magistratura». Si potrebbe dire: due equivoci messi insieme fanno un grave errore. Chi può pretendere di "governare" la giustizia? Il Governo? Certamente no, poiché il Ministro del settore non si occupa della giustizia *tout court*, ma, più limitatamente, dell'organizzazione e del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia (art. 110 Cost.), mentre il CSM non governa né la giustizia né i magistrati, ma espleta soltanto quelle funzioni che Alessandro Pizzorusso ha felicemente denominato di "amministrazione della giurisdizione", sottratte al Ministro per garantire l'indipendenza esterna dei magistrati e non per sostituirsi a quest'ultimo in una inammissibile pretesa di direzione dall'alto (G. SILVESTRI, *Principi costituzionali e sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Sistema penale*, 20 giugno 2020).

³ A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad cost.*, 1989, 471 sgg., ora in *L'ordinamento giudiziario*, II, Napoli, 2019, 1065.

⁴ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 5a ed., Bologna, 2019, 36.

⁵ Così, recente, M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020 e ID., *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in A.A. Cervati-M. Volpi (a cura di), *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, Torino, 2010, 114.

⁶ M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., p. 3.

⁷ La seconda sottocommissione discusse a lungo della composizione del Consiglio, a partire da due tesi opposte: l'una, ispirata a una rigida interpretazione della divisione dei poteri, avrebbe voluto un C.S.M. composto soltanto da magistrati, onde evitare il rischio di contaminazioni (on. Dominedò), di penetrazione del «la politica nelle decisioni singole o di far giungere indebite pressioni ed ingerenze professionali agli organi giudiziari» (on. Caccuri); l'altra, invece, dalla consapevolezza che bisognava impedire la creazione di uno «stato nello stato», di una «casta chiusa e intangibile» (on. Preti), un «mandarinato» (on. Persico), un organo del tutto separato dagli apparati amministrativi dello Stato e sottratto al controllo dell'organo di rappresentanza popolare, dei mezzi d'informazione e della stessa pubblica opinione (on. Cappi), un corpo separato, con a capo un C.S.M. despota dell'ordinamento della magistratura (on. Grassi). Tutti

nella seduta pomeridiana del 12 novembre 1947: componenti eletti per “due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie⁸ e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio”⁹, oltre al primo presidente e al procuratore generale della Corte di cassazione, membri di diritto.

Quanto alla presidenza, respinte le proposte di conferire l’incarico al Ministro della giustizia o al Primo Presidente della Corte di Cassazione, essa è attribuita al Capo dello Stato quale organo di congiunzione formale dei poteri dello Stato e rappresentante dell’unità nazionale¹⁰ e, in sua mancanza, al Vice Presidente, eletto dal Consiglio tra i membri laici: un apparato complesso e puntigliosamente articolato¹¹, mirante “nel bilanciamento degli interessi costituzionalmente tutelati, ad evitare tanto la dipendenza dei giudici dal potere politico, quanto la chiusura degli stessi in “caste” autoreferenziali”¹², rinsaldando quell’intendimento di sistema che vuole “la magistratura chiamata ad amministrare la giustizia in nome del popolo (formula di apertura del titolo dedicatole, da non intendersi soltanto come controcanto rispetto all’art. 68 dello Statuto) e pertanto istituzionalmente aperta e rivolta al servizio dei cittadini”¹³.

Il che – si badi – vorrebbe (e varrebbe anche a) “testimoniare la trasposizione, a livello di governo dei giudici, dell’*equilibrio massimo tra la funzione decidente o normativa e la funzione interpretativa e applicativa dell’ordinamento*”¹⁴; ma si tratta – come dimostra la questione assai controversa del tipo di sistema elettorale con cui eleggere i membri di estrazione “togata” (ben sei leggi dal 1958 ad oggi) e, da ultimo, la vicenda che qui interessa – di un equilibrio fragilissimo, esposto a continui fraintendimenti e a tentativi di manipolazione.

Attenzione, infatti, a intendere la rappresentatività della magistratura alla stregua di una rappresentanza di interessi e ad abusare dell’autonomia¹⁵ perché questo finirebbe non solo per svilire il ruolo del Consiglio, sviandolo dal fine ad esso assegnato dalla Costituzione, ma anche per “far

d’accordo, peraltro, sulla necessità di assicurare continuità tra vita sociale e vita istituzionale, di realizzare un’armonia istituzionale (on. Varani) e di far sentire un soffio di vita esterno all’ordine giudiziario (on. Leone), sicché la formulazione dell’art. 97 del progetto originario di Costituzione prevedeva una composizione paritetica, con la partecipazione «fuori quota» del Primo Presidente della Corte di Cassazione quale Vice Presidente.

⁸ F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *La magistratura*, in *Commentario alla Costituzione (artt. 104 -107)*, Bologna, 1986, 56.

⁹ Come è noto, un CSM composto totalmente di membri togati era la richiesta dei partiti più conservatori e distanti dal nuovo spirito costituzionale ed era il progetto del gruppo dell’Uomo Qualunque a prevedere l’autogoverno assoluto, affinché – come si è detto - la magistratura *rimanesse* autonoma, non affinché diventasse autonoma. Sul punto, M. DOGLIANI, *La ricerca dell’ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna 2015, 424 e F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, 70, 91 e 124.

¹⁰ Una soluzione che rispondeva anche ad esigenze di «simmetria istituzionale» (on. Leone) e alla necessità di impedire che il C.S.M. diventasse «un corpo chiuso e ribelle», una specie di «cometa che possa uscire per conto suo dall’orbita costituzionale» (on. Calamandrei).

¹¹ Cfr. G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario gen.*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1980, 842 e ss.; S. BARTOLE, *Autonomia ed indipendenza dell’ordine giudiziario*, 4 e ss; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, 280 e ss.

¹² Così [Corte cost., sent. n. 16 del 2011](#).

¹³ Così, R. BALDUZZI, *La posizione costituzionale del CSM tra argomenti di ieri ed effettività dell’organo*, in *Vita e pensiero*, n. 3/2019, ma v. anche M. LUCIANI, *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in A.A. CERVATI - M. VOLPI (a cura di), *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, cit., 114.

¹⁴ Così, G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 670. Più in generale, R. TONIATTI, *Le forme e la cultura costituzionale dell’equilibrio costituzionale*, in R. Toniatti-M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Milano, 2011, 573 ss.

¹⁵ N. ZANON - F. BIONDI, *Chi abusa dell’autonomia rischia di perderla*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019. In effetti, è stato osservato che “da ultimo, con la legge n. 44/2002, il legislatore è intervenuto riducendo sensibilmente il numero dei componenti con una decisione che, per molti versi, è apparsa rivolta a restringere l’area di azione che il CSM, nel tempo, aveva guadagnato come organo di rappresentanza e difesa dell’intera magistratura ed a ricondurlo al più ristretto ambito dell’attività amministrativa” (così G. SERGES, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, 2008, 625

rifluire sul singolo magistrato una responsabilità che l'indipendenza raggiunta con l'autogoverno della categoria non soddisfa sotto alcun profilo"¹⁶.

3. *Chi fa che cosa.*

“Scoprire che un giudice ubbidisce a un certo modello metapositivo di giustizia, mentre l'altro ha agito per un'inconsapevole solidarietà di classe e un terzo perché condivide una data ideologia e un quarto per automatismo, non è cosa meno interessante o più scandalosa del constatare che un quinto ha deciso secondo logica e in un atteggiamento asettico di neutralità emotiva. Una casistica del genere non interessa, a meno che emergano i presupposti dell'astensione o della ricusazione o del motivo di revisione (...). Oltre al resto, un'ottima ragione di senso comune per sorvolare sui motivi profondi della decisione è che non sapremo mai quali fossero, salva l'ipotesi romanzesca del diario, della confidenza, del grido sfuggito nel sonno e simili"¹⁷. Memori di questo insegnamento, formulato con riferimento al processo penale ma in realtà estensibile a chiunque sia chiamato a decidere secondo diritto, lasceremo da parte ogni tentativo di indagine sul come i(componenti de)l C.S.M. di fatto abbia(no) deliberato la decadenza del dott. Davigo: il tema può suscitare la curiosità del sociologo, dello storico e/o dello psicologo ma (deve) lascia(re) indifferente il giurista, al quale la decisione interessa in quanto fatto regolato giuridicamente.

Insomma, per controllare, dal nostro punto di vista, la bontà di una decisione non c'è altra via che l'analisi degli argomenti proposti: nel caso di specie, ce n'è abbastanza per il giuspubblicista ma anche, più in generale, per tutti coloro che hanno a cuore la tenuta dei fragili equilibri istituzionali che caratterizzano il sistema.

Colpisce, innanzitutto, la contraddizione in cui la delibera clamorosamente incappa quando, da un lato, invoca l'autogoverno e, dall'altro, si rifugia nel parere dell'Avvocatura dello Stato, motivando la cosa in modo ancora più sorprendente: *“la funzione consultiva svolta dall'Avvocatura (...) si traduce nella collaborazione nei confronti di un'istituzione pubblica al fine della soluzione di questioni tecnico-giuridiche ed interpretative, idonea ad illuminare preventivamente e corroborare sul piano della legalità e correttezza operativa l'organo od ente assistito nello svolgimento della propria azione amministrativa”* e fin qui – a ragionare in astratto - non ci sarebbe niente da dire, così come – sempre in astratto – rasenta l'ovvietà l'osservazione per cui viene *“fatta salva la possibilità per l'Amministrazione consultante di disattendere il parere medesimo, fermo restando però che, per giurisprudenza pacifica, un orientamento contrario a quello espresso dall'organo legale consultivo impegna in modo particolare l'ente sul piano motivazionale, richiedendosi adeguata giustificazione del dissenso nell'atto amministrativo conclusivo (ex multis, Consiglio di Stato, 8 aprile 2000, n. 2045). Per converso, il provvedimento adottato in conformità al parere è sufficientemente motivato ove si richiami, anche per relationem, il parere stesso”*.

Senonché, la Commissione non sta ragionando in astratto e, soprattutto, “il consultante” non è un organo qualsiasi ma è precisamente quell'organo che, secondo la legge istitutiva, *“può fare proposte al Ministro della Giustizia (...) su tutte le materie riguardanti l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia”*, nonché *“dare pareri (...) sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie”* (art. 10, l. 24 marzo 1958, n. 195 - *Norme sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura*); il quale, tuttavia, in questo caso, non sarebbe in grado di consigliare se stesso e avrebbe persino difficoltà a motivare un orientamento contrario rispetto a quello espresso da un parere non vincolante; tutto questo sulla premessa del “la

¹⁶ G. BERTI, *Manuale*, cit. 670. Peraltro, se è vero che «l'indipendenza è [...] forma mentale, costume, coscienza d'un'entità professionale» è altrettanto vero che «in mancanza di adeguate, sostanziali garanzie, essa [...] degrada a velleitaria aspirazione» ([Corte cost., sentenza n. 266 del 1988](#)).

¹⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1983, 954.

rilevanza della questione, l'elevato rischio di contenzioso e l'esistenza di diverse tesi sul punto", come se il C.S.M. fosse chiamato a decidere solo questioni irrilevanti, pacifiche e prive di qualsivoglia margine di incertezza: non dunque quell'organo chiamato a garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura ma un "*sinectura*" onorifico, senza obblighi e responsabilità.

A proposito di attribuzioni e competenze: "a quale titolo" l'istruttoria della pratica e la formulazione della proposta al Plenum è stata attribuita alla Commissione verifica titoli¹⁸? Forse che si dubita, ora per allora, del possesso di questi da parte del consigliere Davigo? Se così non è, si deve infatti osservare che nessuna competenza (neppure istruttoria) sulla verifica della permanenza, *durante la carica*, dei requisiti di eleggibilità del consigliere eletto si può desumere dal Regolamento interno e, in particolare, agli articoli 2 e 9 dello stesso¹⁹: il che, da un lato, costituirebbe di per sé un vizio del procedimento, dall'altro prova che la permanenza dei requisiti di eleggibilità, durante la carica, è un falso problema... un elementare principio di economia, noto come rasoio di Occam, impone, d'altra parte, di non creare organi e procedure senza necessità. Il logico medievale non aveva però pensato all'eventualità, tutta nostrana, di creare problemi *ad hoc*: l'ufficio e la procedura seguiranno.

4. Trovate e invenzioni.

Non è senza rilievo che la proposta approvata dal Plenum parta da un parere e non come ci si sarebbe aspettati dal dettato costituzionale. Con il che non si vuol dire che la delibera ignora la Costituzione, ma che questa viene in considerazione solo in un secondo tempo – con buona pace di ogni gerarchia – e, attenzione, solo per corroborare, con un singolare argomento a contrario, quanto sostenuto dalla Commissione verifica titoli, che si fonda sul parere dell'Avvocatura, che richiama la sentenza del Consiglio di Stato: "*la correttezza delle conclusioni raggiunte non è inficiata dal disposto di cui all'art. 104 della Costituzione, secondo cui i membri elettivi del CSM durano in carica 4 anni. La durata, invero, si riferisce alla durata della carica non già dei singoli componenti*".

Eppure, siamo stati educati a credere che debbano essere le leggi e – *a fortiori* – i provvedimenti amministrativi a doversi adeguare alla Costituzione e non viceversa. Qui, invece, si stende il testo dell'art. 104 sul letto di Procuste per adattarlo al provvedimento, senonché l'operazione non riesce e, anzi, fa emergere un'altra formidabile contraddizione: la delibera sottolinea, richiamando l'art. 104 della Costituzione, che i membri elettivi del CSM durano in carica 4 anni; il che, continua, "si riferisce alla durata della carica non già dei singoli componenti, bensì all'organo nel suo complesso. Ciò trova puntuale riscontro in numerose disposizioni della legge istitutiva del CSM, quali l'art. 30 (...); l'art. 39 (...); l'art. 36 del regolamento di attuazione (...)" ... appunto, si starebbe per dire: se la durata è stabilita dalla Costituzione e dalla legge per l'intero organo, può la Commissione (e quindi il CSM) sostenere la durata predefinita dell'intero collegio e, nel contempo, la necessaria decadenza del consigliere collocato a riposo per sopraggiunti limiti d'età? Sì, "se supponiamo che la prosa legislativa italiana sia grammaticalmente *legibus soluta*; sebbene non somigli a Malherbe o a Boileau e nemmeno a Vaugelas, il nostro legislatore è iniziato a qualche pratica sintattica, o almeno lo dobbiamo supporre; se no, risultando impossibile ogni discorso obiettivamente verificabile nel

¹⁸ Al riguardo, si legge nella proposta presentata al *Plenum* "il Comitato di Presidenza, superando l'eccezione di incompetenza proposta dal prof. Benedetti nella seduta del 5 ottobre 2020, ha rimesso la pratica in oggetto alla Commissione verifica titoli ai sensi dell'art. 9, comma 1 del regolamento, secondo cui "*se .. si deve provvedere alla sostituzione dei membri del Consiglio venuti a cessare per qualsiasi causa, il Consiglio provvede alla stessa verifica, nonché alla proclamazione, se si tratta di componente eletto dai magistrati, su relazione della Commissione prevista dall'art.1, comma 2*" ... senonché, l'articolo 9, comma 1, non parla affatto di competenze della Commissione circa la decadenza, tantomeno quando si tratti di una decadenza non espressamente prevista.

¹⁹ *Amplius*, F. GIGLIOTTI, [Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura e permanenza in carica. Le ragioni \(esclusivamente tecniche\) di un voto](#), in questa [Rivista 2020/III](#), 563 ss..

theatrum justitiae, tanto varrebbe il metodo usato con notevoli estri equitativi dal «*juge Bridoye, lequel sententioit les procès au sort de déz*»²⁰.

Insomma, se le parole hanno un senso, la Costituzione, facendo riferimento a «i membri elettivi», dice chiaramente – e *in claris non fit interpretatio* – che è il Consiglio composto da quegli eletti che, salvi i previsti casi di decadenza o di cessazione, dura in carica quattro anni. Il testo non distingue, infatti, fra membri “laici” e membri “togati”: per tutti, il mandato dura quattro anni, rimanendo esclusi da questa previsione solo i membri di diritto (Presidente della Repubblica, primo presidente della Corte di Cassazione, procuratore generale della Corte stessa), che durano in carica per il tempo in cui permane il titolo di appartenenza al Consiglio.

Questa interpretazione trova conforto in quella storico-soggettiva. A leggere i lavori preparatori si scopre subito, infatti, come le questioni attinenti all’eleggibilità, alle incompatibilità e alle decadenze siano state oggetto di intenso dibattito, all’esito del quale i Costituenti hanno ritenuto di fissare in Costituzione i punti evidentemente irrinunciabili (fra i quali la distinzione tra membri di diritto e membri elettivi di cui sopra), rimettendo alla legge sull’ordinamento giudiziario la risoluzione di alcune questioni che erano state sollevate in Assemblea: su un’equa suddivisione dei rappresentanti tra le varie categorie di magistrati; sul grado minimo richiesto per la candidatura al Consiglio; su eventuali criteri di distribuzione territoriale delle rappresentanze; etc., per escludere con apposita votazione, l’eleggibilità al Consiglio dei magistrati a riposo, tanto per i due terzi riservati all’ordine giudiziario, quanto per il restante terzo eleggibile dal Parlamento (A. C., p. 2479).

Un’ulteriore conferma sembra rinvenirsi nel comma successivo dell’articolo 104 Cost., a tenore del quale, gli stessi membri elettivi, anche qui senza distinzione fra laici e togati, «non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale».

Salvo pensare a una clamorosa svista, è evidente che tale divieto acquista significato, per i consiglieri togati, solo nell’ipotesi che qui interessa, ovvero qualora sia cessata l’appartenenza del magistrato all’ordine giudiziario, risultando altrimenti del tutto superflua, dal momento che, per i magistrati “in servizio”, l’incompatibilità è già stabilita in via generale dall’art. 16 del R. d. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario).

Insomma, la Costituzione (e i lavori preparatori) parla(no) chiaro: il “collocamento a riposo” del magistrato comporta la sua “radicale” ineleggibilità al Consiglio ma solo per i membri di diritto esso è causa di decadenza (com’è ovvio, dal momento che, per essi, il “ruolo” costituisce “il” titolo di appartenenza al Consiglio) mentre non rileva, a questo fine, la distinzione fra membri togati e membri laici.

Le letture volte a estendere tale causa di decadenza anche ai togati elettivi poggiano tutte su non meglio precisate ragioni di “opportunità istituzionale” e sulla concezione del CSM come organo rappresentativo della magistratura, una sorta di “parlamentino” dei giudici - come anche si sente dire - o di sindacato, idea che non trova fondamento nella Costituzione e finisce per svilire il ruolo di garanzia ad esso attribuito che ne giustifica il rilievo costituzionale.

Per la verità, qualcuno un aggancio testuale in Costituzione sembrerebbe averlo trovato. Non nel titolo IV naturalmente, dove, come si è detto, il dato letterale e la *voluntas* del legislatore escludono la decadenza, ma in una lettura, per così dire sistematica, della disciplina degli organi di garanzia. A questa tesi forse si riferisce la proposta al Plenum, laddove afferma che “quando il legislatore si è voluto riferire alla durata in carica dei componenti di un organo lo ha espressamente previsto”²¹.

²⁰ Così, F. CORDERO, in un passo memorabile della sua *Procedura penale*, cit., 147.

²¹ Il raffronto con la Consulta, spiega un Presidente emerito della Corte «ci dimostra quanto sia improponibile l’ipotesi che un consigliere togato del Csm resti in carica come tale anche dopo che sia andato in quiescenza come magistrato ... in tal caso, è esplicitamente previsto all’articolo 135 che il mandato dei giudici è di nove anni “per ciascuno di essi”. Non si parla di durata della Corte, di un suo determinato collegio, ma della permanenza del singolo componente» (G.M. FLICK, *Davigo non può restare al Csm anche dopo il congedo*, in *Il dubbio* del 26 settembre 2020).

Un argomento di per sé debole, tanto più se si considera, quanto alla durata del mandato dei giudici costituzionali, il “caso Crisafulli”. Nominato giudice costituzionale il 14 maggio del 1968 dal presidente della Repubblica Giuseppe

Ora, qualunque prassi ermeneutica postula degli accordi lessicali e una disciplina grammaticale minima: premesso che fra i componenti della Corte costituzionale non vi sono membri di diritto – il che basterebbe da solo a chiudere ogni possibilità di raffronto, dal momento che la distinzione fra questi e quelli elettivi è invece determinante nella composizione del Consiglio Superiore anche al fine che qui interessa –, non sembra andare troppo in là l'argomento secondo cui nell'art. 104 Cost. mancherebbe l'esplicito riferimento a ciascun giudice della durata del mandato, che è invece presente nell'art. 135: un singolare, si osserva, non un plurale (membri elettivi) come nel caso dell'art. 104. La tesi non convince. Certo, non vi è dubbio che nell'art. 135 la durata del mandato sia riferita al singolo ma altrettanto indubbio è che nell'art. 104 la durata del mandato dei membri elettivi sia fissata in quattro anni ma – attenzione – per tutti e quindi per ciascuno di essi, posto che il tutti ricomprende i singoli, con esclusione – si ripete – dei soli componenti di diritto.

A ragionare diversamente – per far dire alla Costituzione ciò che essa non dice – si potrebbe sostenere allora che poiché, secondo l'art. 135, «i giudici della Corte costituzionale sono scelti fra i magistrati anche a riposo» lo stesso debba valere anche per il C.S.M., dal momento che l'art. 104 non lo esclude ma sarebbe – è appena il caso di dire – un modo assai strano di argomentare in diritto.

La verità è che la disciplina della composizione dei due organi si lega – e non può essere diversamente – alle funzioni e al ruolo a ciascuno di essi assegnati, sicché conviene stare ai dati (normativi) e alla rigorosa applicazione dei criteri di interpretazione.

Come accennato, scientemente, l'Assemblea costituente decise di rimettere alla legge sull'ordinamento giudiziario le modalità relative alla elezione dei due terzi dei membri del Consiglio superiore da parte dei magistrati. Fu infatti votato l'inciso «secondo le norme dell'ordinamento giudiziario», ritenuto implicito e quindi superfluo nel coordinamento finale, che per questo lo sopresse.

La risoluzione di molte – non di tutte²² – le questioni rimane pertanto affidata alla legge sull'ordinamento giudiziario – forse per questo molti degli interventi recenti sul tema vanno dritti alla legge, superando di slancio la Carta come se questa non esistesse o parlasse invano²³ – la quale tuttavia essendo una legge non può che essere subordinata alla Costituzione e interpretata in senso costituzionalmente orientato.

5. *Misunderstandings.*

Se poi dal piano costituzionale, si passa a quello delle fonti primarie, si scopre subito che la legge 24 marzo 1958, n. 195 (*Norme sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura*) nel testo in vigore, modificato dalla legge 28 marzo 2002, n. 44, disciplina l'elettorato passivo prevedendo, tra l'altro, che «non sono eleggibili i magistrati che al momento della convocazione delle elezioni non esercitano funzioni giudiziarie...» (art. 24, comma 2, lett. a). Non solo: secondo la legge, l'elezione da parte dei magistrati ordinari dei sedici componenti togati del CSM si effettua in collegi unici nazionali diversi per magistrati «che esercitano le funzioni» di legittimità, di pubblico ministero e di giudice presso gli uffici di merito (art. 23).

Saragat, il suo mandato sarebbe dovuto scadere il 25 maggio 1977, ma fu prorogato, oltre il termine ordinario di scadenza dall'ufficio fino al 2 agosto 1979, ai soli fini dello svolgimento del cosiddetto "processo Lockheed" (sul punto, v. M. C. GIANNINI, *Crisafulli*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Istituto Giovanni Treccani, Parte 1, 766). Un precedente interessante sotto diversi profili: non solo e non tanto per la proroga (istituto che, per definizione, permette l'ultrattività del mandato) quanto e soprattutto per il fine di quella proroga: consentire il regolare svolgimento del processo penale in corso dinanzi alla Corte, laddove nel caso che qui interessa, incomprensibilmente, si è rilevata l'impossibilità per il componente togato in quiescenza di continuare a far parte della Sezione disciplinare.

²² Tra quelle decise in Costituzione vi è, appunto, a parere di chi scrive, proprio quella sulla durata del mandato dei membri elettivi.

²³ Tra gli altri, R. ROMANELLI, G. VARANO, *C.S.M.: l'esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza nella carica di consigliere togato*, in [Diritto di Difesa](#), 19 aprile 2020.

Fin qui, *nulla quaestio*. Non vi è dubbio, infatti, che il possesso – effettivo ed attuale – dello *status* di magistrato nell’esercizio delle funzioni sia una condizione di eleggibilità o, se si preferisce un requisito indefettibile per la capacità elettorale passiva e ciò in coerenza con l’art. 104 della carta costituzionale, che prevede l’elezione di due terzi dei componenti del Consiglio Superiore da parte di tutti i magistrati ordinari «tra gli appartenenti alle varie categorie».

Vale peraltro la pena osservare che l’appartenenza a una particolare categoria di magistrati in servizio o, se si preferisce, l’effettività delle funzioni dev’essere verificata al momento dell’insediamento del Consiglio, posto che – una volta entrati a far parte del Consiglio, come recita l’art. 30, comma 2 del dpr 16 settembre 1958, n. 916 (Disposizioni di attuazione e di coordinamento della legge 24 marzo 1958, n. 195, concernente la costituzione e il funzionamento del Consiglio superiore della magistratura e disposizioni transitorie) – “i magistrati componenti elettivi sono collocati fuori del ruolo organico della magistratura” e, dunque, durante il mandato da consigliere nessun magistrato, come tale, svolge funzioni effettive, sicché, paradossalmente, – a seguire la tesi della Commissione – tutti i componenti di estrazione togata, una volta posti fuori ruolo per essere entrati al Consiglio, dovrebbero essere per ciò stesso dichiarati decaduti.

Non coglie nel segno neanche l’argomento secondo cui l’art. 5 della legge n. 195/1958, nello stabilire che “*per la validità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura è necessaria la presenza di almeno dieci magistrati e di almeno cinque componenti eletti dal Parlamento (...)*”, esclude la presenza di un *tertium genus*, riferendosi soltanto a magistrati o membri laici che votano le delibere nell’assemblea plenaria”²⁴...

Fermo restando quanto già detto circa il requisito dell’effettività delle funzioni, si osserva che la figura del magistrato in quiescenza non costituisce affatto un genere spurio (né togato, né laico) ignoto al sistema. I componenti del CSM fanno, per es., che, ai sensi dell’art. 15, c. 4, *dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150* nel procedimento disciplinare, l’incolpato può farsi assistere, non da chiunque, ma da “altro magistrato, anche in quiescenza, o da un avvocato”; non chiunque, ma i magistrati a riposo possono essere nominati giudici ausiliari in Cassazione o presidenti di commissione tributaria (art. 3, d. lgs n. 545/1992) e, per rimanere, in ambito costituzionale, eletti o nominati giudici costituzionali, ma – attenzione – non eleggibili al CSM neanche dal Parlamento: una conferma, sia pure implicita, della rilevanza della categoria e della non assimilabilità del magistrato a riposo “(sotto il profilo della categoria professionale) a quella del componente laico *tout court*”²⁵.

Insomma, siamo di fronte a una categoria (quella del magistrato in quiescenza) che esiste ed è riconosciuta (e dunque non costituisce il paventato *tertium genus*) ma, ancora una volta, il punto è un altro: ai nostri fini, come si è detto, tale condizione non rileva o, meglio, semplicemente costituisce causa di ineleggibilità e non di decadenza e, forse, a intendere il CSM come organo di garanzia – secondo quanto voluto dalla Costituzione – si potrebbe persino sostenere che i membri di estrazione togata a fine carriera sono nella condizione ideale per svolgere al meglio il compito ad essi affidato: *sine spe ac metu*²⁶.

A nulla vale agitare spauracchi come quello secondo cui “*la eventuale partecipazione alle delibere di un Consigliere non più magistrato (perché pensionato, o dimessosi volontariamente dalla magistratura, o per qualsiasi altra ragione privo dello status di magistrato) potrebbe comportare la nullità delle delibere per ‘erronea’ composizione dell’organo, con conseguente impugnabilità dei*

²⁴ *Amplius*, sul punto, F. GIGLIOTTI, [Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura](#), cit., spec. 571 ss. ivi comprese le note.

²⁵ *Ibidem*, anche per le considerazioni circa l’ipotizzato *squilibrio sopravvenuto* tra componente togata e componente laica.

²⁶ D’altra parte, come si legge nel parere dell’Ufficio Studi del CSM 121/2011 sul caso Borraccetti, “la valorizzazione del profilo funzionale della provenienza del componente eletto dai magistrati, essenziale per assicurare il pieno svolgimento da parte del C.S.M. del compito di presidio dell’indipendenza e dell’imparzialità dei singoli magistrati, potrebbe non essere in sé sminuita dal collocamento a riposo di un membro togato, al punto da rendere plausibile il pericolo di soggezione dei medesimi magistrati ad altri organi interni od esterni all’ordine giudiziario”.

provvedimenti adottati, aumentando in modo esponenziale il prevedibile contenzioso che ne deriverebbe”: essendo le parti di un rapporto quantomeno due, è evidente che ogni decisione è potenzialmente in grado di scontentarne almeno una e non si può escluderne l’impugnazione²⁷... l’unico modo per limitare il rischio è quello di adottare decisioni il più possibile solidamente argomentate e il diritto libero – quale quello utilizzato nella delibera del Consiglio - non è, probabilmente, il miglior antidoto in tal senso.

Insomma, in nessun modo si può ricavare dal requisito di eleggibilità una decadenza non prevista dalla legge istitutiva del Consiglio Superiore né tantomeno dalla Costituzione che, anzi, per quanto detto sopra, espressamente la esclude.

D’altra parte, se si guarda alla disciplina della decadenza, contenuta nell’art. 37 della legge n. 195 del 24 marzo 1958, che prevede anche i casi di sospensione dalla carica di componente del Consiglio, è facile constatare che le ipotesi elencate non contemplano il congedo del magistrato.

Il primo caso riguarda, indistintamente, tutti i componenti del CSM i quali «decadono di diritto dalla carica se sono condannati con sentenza irrevocabile per delitto non colposo».

Il secondo si riferisce esclusivamente ai «magistrati componenti il Consiglio Superiore», i quali «incorrono di diritto nella decadenza dalla carica se riportano una sanzione disciplinare più grave dell’ammonimento».

Infine, il terzo, ha riguardo ai soli componenti eletti dal Parlamento, per i quali «nei casi di proscioglimento per una causa estintiva del reato, ovvero per improvvisabilità od imperseguibilità dell’azione penale» il Presidente del Consiglio superiore dà comunicazione ai Presidenti delle due Camere, le quali decidono se debba farsi luogo a sostituzione.

«Nessun esplicito riferimento è fatto al caso in cui il componente togato eletto al Consiglio superiore cessa dalla sua funzione di magistrato, per qualsiasi causa, sia essa determinata dalle dimissioni volontarie, o per raggiunti limiti di età, con il conseguente collocamento in stato di quiescenza»²⁸, eppure, si fa notare «questa eventualità, lungi dal non essere elencata dall’art. 37 nelle cause di decadenza perché improduttiva di tali effetti, pare piuttosto non espressamente nominata perché l’appartenenza al corpo della magistratura costituisce il presupposto indefettibile, o se si preferisce una precondizione, per continuare ad esercitare le proprie funzioni di rappresentanza in seno al Consiglio superiore»²⁹... pare ma non è: la Costituzione lo esclude e, a guardar bene, poiché le parole tradiscono il pensiero e tanto più lo tradiscono le parole scritte, quando si scrive di «appartenenza al corpo della magistratura» quale presupposto indefettibile per continuare a far parte del Consiglio Superiore, si ha in mente – evidentemente – un organo rappresentativo della corporazione dei magistrati: proprio ciò che la Costituzione non vuole!

6. Leggi e ri-leggi.

Secondo la delibera, “un ulteriore argomento a favore della cessazione dalla carica deriva direttamente dalla previsione di cui all’art. 39, legge n. 195/1958, che disciplina la sostituzione dei componenti eletti dai magistrati, stabilendo che: “*Il componente eletto dai magistrati che cessa dalla carica per qualsiasi ragione prima della scadenza del Consiglio superiore della magistratura è sostituito dal magistrato che lo segue per numero di preferenze nell’ambito dello stesso collegio*”, sicché sarebbe “evidente che tra le varie ragioni della cessazione non possa che ricomprendersi la cessazione dall’ordine giudiziario, dato che la legge parla testualmente di cessazione “per qualsiasi

²⁷ Più esplicitamente: l’argomento risulta, all’evidenza, “strabico”, dal momento che il problema si pone – e, ad avviso di chi scrive, con maggior forza – anche nell’ipotesi di “erronea” composizione dell’organo per l’illegittima deliberazione della decadenza e il subentro dell’altro componente non legittimato.

²⁸ Così, R. ROMANELLI, G. VARANO, *C.S.M.: l’esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza nella carica di consigliere togato*, cit.

²⁹ *Ibidem*.

ragione”: un classico esempio di fallacia che dà per dimostrata la stessa tesi (il collocamento a riposo comporta la decadenza automatica dal Consiglio) che dev’essere dimostrata.

Ora, come si è visto, le ipotesi di sospensione e decadenza sono disciplinate dall’art. 37, che non contiene alcuna clausola residuale (il che, data la materia, lascia intendere che si tratti di un elenco tassativo), laddove l’art. 39 disciplina la sostituzione dei componenti di estrazione togata decaduti e con la formula “per qualsiasi ragione” fa riferimento, ovviamente, ai casi espressamente previsti dal precedente articolo senza introdurre surrettiziamente di nuovi, tantomeno di carattere residuale, posto che le norme limitative del diritto di elettorato passivo, così come tutte quelle riguardanti la materia elettorale, sono di stretta interpretazione, in alcun modo estensibili³⁰.

Ma c’è di più. Non solo non c’è alcuna disposizione normativa che imponga la permanenza (della condizione di eleggibilità) dell’effettivo esercizio delle funzioni per tutta la durata del mandato consiliare, ma - a differenza di quanto accade in altri ambiti - non è prevista l’ineleggibilità del magistrato che non garantisca la permanenza in servizio per tutto il tempo in cui eserciti la carica, anzi, nel caso concreto, il dott. Davigo, oltre che essere ritenuto eleggibile, a seguito dell’elezione a componente del CSM, era stato anche eletto dal *Plenum* quale membro della Sezione disciplinare e indicato come componente di ben due delle Commissioni quadriennali (quella per la verifica titoli e la II Commissione), segno evidente che (allora) non vi erano dubbi circa la durata dell’incarico, che - qualora esistenti - avrebbero forse fatto propendere per la sua destinazione a quelle commissioni la cui composizione muta annualmente.

Né si può immaginare che il legislatore sia stato, sul punto, distratto o vago. Che così non sia è provato proprio dalle vicende relative al comma 1 dell’articolo in questione, che, a seguito della l. n. 343 del 1975, fu modificato nel senso di prevedere che: *“I magistrati, che per il numero di preferenze ottenute nell’ambito di ciascuna lista seguono gli eletti al Consiglio superiore nella rispettiva categoria, vengono chiamati a sostituire i componenti della stessa categoria che cessino dalla carica per la perdita dei requisiti di eleggibilità ovvero per qualsiasi altra ragione prima della scadenza del Consiglio”*.

Senonché, tale disposizione, che operava una saldatura tra i requisiti di eleggibilità e quelli di conservazione del mandato, è stata abrogata e riformulata dall’art. 13 della l. n. 74 del 1990, che ha integralmente riscritto l’art. 39, il cui primo comma oggi recita: *“Il componente eletto dai magistrati che cessa dalla carica per qualsiasi ragione prima della scadenza del Consiglio è sostituito dal magistrato che lo segue per numero di preferenze nell’ambito della stessa lista nello stesso collegio”*, sopprimendo dunque proprio la previsione della cessazione anticipata dalla carica in caso di perdita dei requisiti di eleggibilità³¹, che era stata introdotta nel 1975 e che la recente delibera vorrebbe reintrodurre in via interpretativa.

Non meno rilevante la modifica dell’art. 30 del d.p.r. 916 del 1958 (recante Disposizioni di attuazione e di coordinamento della legge 24 marzo 1958, n. 195, concernente la costituzione e il funzionamento del Consiglio superiore della magistratura e disposizioni transitorie), che, nella versione originaria, prevedeva che i componenti del C.S.M. eletti tra i magistrati continuassero ad

³⁰ La Corte costituzionale ha più volte affermato che le cause di ineleggibilità sono eccezionali, di stretta interpretazione e devono essere rigorosamente informate alla soddisfazione di effettive esigenze di pubblico interesse (sentt., 2 febbraio 1990, n. 53; 3 ottobre 2003, n. 306; 7 luglio 2007, n. 288; 13 febbraio 2008, n. 25; 6 febbraio 2009, n. 27). In dottrina, tra gli altri, C. DE CESARE, *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*. in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 3; F. SORRENTINO, *Le cause di incompatibilità ed ineleggibilità nelle elezioni amministrative*, in *Giur. merito*, 2008, 888.

³¹ In tal senso, sembra andare - con tutti gli opportuni distinguo - anche la disciplina del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa. L’art. 1, comma secondo, del d.lgs. 62/2006 ha abrogato il quarto comma dell’art. 7 della l. 186/1982, che disponeva *“i membri eletti che nel corso del quadriennio perdono i requisiti di eleggibilità o si dimettono, o cessano per qualsiasi causa dal servizio oppure passano dal Consiglio di Stato ai tribunali amministrativi regionali o viceversa, sono sostituiti, per il restante periodo, dai magistrati appartenenti al corrispondente gruppo elettorale che seguono gli eletti per il numero dei suffragi ottenuti”*, aggiungendo, al comma terzo dell’art. 9 del medesimo testo legislativo, il seguente periodo: *“In caso di dimissioni o di cessazioni di uno o più membri elettivi dall’incarico per qualsiasi causa nel corso del quadriennio sono indette elezioni suppletive tra i magistrati appartenenti al corrispondente gruppo elettorale per designare, per il restante periodo, il sostituto del membro decaduto o dimessosi”*.

esercitare le funzioni giudiziarie per tutta la durata della carica mentre oggi, come si è osservato nel precedente paragrafo, dispone che «*i magistrati componenti elettivi sono collocati fuori del ruolo organico della magistratura*». Il che dimostra, ulteriormente, che l'effettività delle funzioni – come intesa dalla delibera in oggetto – non è e non può essere requisito per la permanenza in Consiglio e, dunque, non può essere motivo di decadenza, come non lo è il collocamento a riposo dei consiglieri provenienti dalle Università, anch'essi collocati fuori ruolo organico, ai sensi dell'art. 30-bis dello stesso d.p.r.³².

Ancora meno convincente, allora, l'osservazione per cui «il dato della "appartenenza" ad una particolare categoria di magistrati in servizio (...) ritorna nella vita quotidiana dell'organo di governo autonomo proiettandosi nell'operatività della sua più delicata articolazione: la Sezione disciplinare»³³, come proverebbe il fatto che l'art. 6 della stessa legge n. 195 del 1958 e ss. mm., nel regolare le sostituzioni in seno al collegio disciplinare stabilisca che «i componenti effettivi magistrati sono sostituiti dai supplenti della medesima categoria» e che «sulla riconsiliazione di un componente della sezione disciplinare, decide la stessa sezione, previa sostituzione del componente riconsiliato con il supplente corrispondente». Anche questo argomento non sembra utile ai fini che intende perseguire ovvero enucleare una causa di decadenza non prevista, per giunta in spregio al dettato costituzionale. Quelle disposizioni si limitano - e non si vede la possibilità di interpretazione estensiva o, peggio, creativa – ad affermare che qualora debba essere sostituito un componente togato il supplente debba essere individuato fra coloro che sono stati eletti sulla base degli stessi requisiti; il che è precisamente quel che accade (*rectius*: dovrebbe accadere) in ogni organo collegiale all'interno del quale siedano soggetti eletti o nominati sulla base dell'appartenenza a un gruppo: niente di più e niente di meno.

Del tutto fuorviante poi l'osservazione per cui la norma costituzionale (art. 104, comma 6, Cost.) che fissa la durata quadriennale dell'organo elettivo non serve a «far nascere un diritto soggettivo dell'eletto di rimanere in carica per un quadriennio. È questa la risposta che è stata costantemente e giustamente data a quanti - subentrati in Consiglio nell'arco della consiliazione – hanno avanzato la pretesa di prolungare la loro permanenza in carica sino al raggiungimento del quadriennio»³⁴. Un argomento suggestivo, ma – attenzione - si tratta, come dicono gli anglosassoni, di una *red herring*, un espediente retorico che non ha niente a che vedere con il caso di specie, dove non si fa questione di diritti o pretese di permanenza in carica a prescindere dalla durata dell'organo o di subentri nell'arco della consiliazione ma, al contrario, esattamente della durata in carica dell'organo come legittimamente risultante dalle elezioni e, dunque, come espressamente recita il testo, della durata in carica dei suoi «membri elettivi».

Né a ciò può opporsi la prassi finora seguita per i consigli giudiziari, non solo e non tanto perché il d.lgs. 25/2006, che li disciplina, insiste sull'organo “composto da...” piuttosto che sulla posizione dei membri elettivi³⁵ quanto e soprattutto perché, a differenza del CSM, si tratta di organi comunque privi di copertura costituzionale e poi: una prassi si può correggere, anche in via di interpretazione,

³² Articolo aggiunto dall'art. 9, l. 3 gennaio 1981, n. 1, mentre l'art. 8 della stessa legge ha modificato l'art. 30 nel senso che si è detto nel testo. Al riguardo, merita riportare il passaggio del parere dell'Ufficio Studi del CSM 121/2011, sul caso Borraccetti: “Sino ad ora non sono stati riscontrati precedenti di componenti magistrati del C.S.M. che siano stati collocati a riposo durante la consiliazione. Tuttavia, si deve segnalare che durante la consiliazione 2002 - 2006 due dei componenti eletti dal Parlamento in quanto professori ordinari di università in materie giuridiche, il prof. Di Federico ed il prof. Berlinguer, sono stati collocati a riposo dall'attività professionale di docenti universitari durante la consiliazione, ma nonostante ciò hanno proseguito nell'incarico al C.S.M. fino al suo termine naturale.

Non sfugge l'evidente diversità di fattispecie, giacché è palese che il rilievo costituzionale delle funzioni di governo autonomo esercitate dal C.S.M. suggerisce l'attribuzione di un diverso rilievo alla riconducibilità all'ordine giudiziario dei membri cd. "togati" rispetto alla qualificazione professionale dei cd. "membri laici". Ciò nondimeno i citati precedenti non appaiono privi di rilevanza sintomatica”.

³³ Così, N. ROSSI, *Sta per nascere al CSM un caso Davigo?*, cit.

³⁴ Ancora, N. ROSSI, cit.

³⁵ Peraltro, le parole sono importanti, come ha osservato il consigliere Cascini nel suo intervento al Plenum del CSM, sottolineando la differente formulazione della disposizione costituzionale e di quella relativa ai consigli giudiziari.

una legge no e, per quanto riguarda la Costituzione, una simile evenienza non dovrebbe neanche essere pensata.

7. *Precedenti.*

Non vale la pena seguire gli argomenti volti a dimostrare come la questione della (eventualmente il)legittima composizione dell'organo C.S.M. e, in particolare, della sezione disciplinare possa riflettersi negativamente anche in relazione a casi particolarmente "caldi", come quello che vede coinvolto l'ex consigliere, nonché ex Presidente dell'A.N.M., Luca Palamara: si rischia di non arrivare a sentenza prima del 20 ottobre avvertiva qualcuno³⁶ o, peggio, si rischia di comprimere il diritto alla difesa dell'imputato e il diritto all'informazione si sono lamentati altri³⁷. Al riguardo ha detto parole definitive il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione: «qualora la decisione del Csm incida sulla legittima qualità di giudice di un componente, chiederemo la rinnovazione degli atti compiuti. È ciò che avviene normalmente tutti i giorni nelle aule dei tribunali: se un giudice va in pensione, si cerca di fissare quante più udienze possibile, chiedendo la collaborazione delle parti, per evidenti esigenze di concentrazione del giudizio. Se poi l'esigenza di accertamento della responsabilità, in ogni suo aspetto, richiede invece tempi più lunghi, è questa esigenza che prevale e si potranno rinnovare le prove che il nuovo giudice riterrà necessarie»³⁸ e tanto basta; a maggior ragione se si considera che il caso che tante preoccupazioni aveva destato nei citati commentatori, il 19 ottobre, dinanzi al CSM, non era più in agenda.

Importa invece soffermarsi, sia pure brevemente, su quelli che vengono, da più parti, indicati come precedenti puntuali. Si tratta, da un lato, di un parere del Consiglio di Stato riguardante la possibilità o meno per un magistrato della Corte dei Conti eletto nel Consiglio di Presidenza di "permanere" nell'organo elettivo dopo il suo collocamento fuori ruolo per lo svolgimento di altro incarico³⁹, dall'altro, della sentenza del supremo giudice amministrativo riguardante un componente dello stesso Consiglio Superiore, sulla quale - come si è accennato e come si vedrà nel prosieguo - si fonda la delibera del CSM⁴⁰.

A questi se ne dovrebbe aggiungere un terzo, ovvero il parere dello stesso CSM - dunque un proprio precedente - nel caso di cui sopra⁴¹ ... la Commissione verifica titoli lo cita *en passant* ma evidentemente non lo condivide e quindi lo pretermette senza preoccuparsi di esplicitarne i motivi: proviamo, con un esperimento mentale, a immaginare che lo stesso accada in Cassazione, in Consiglio di Stato o dinanzi alla Corte costituzionale.

7.1. *Il parere del Consiglio di Stato.*

Andiamo con ordine, partendo dal parere, che appare, in effetti, *prima facie*, piuttosto ficcante.

Occorre ricordare, innanzitutto, che la disciplina del Consiglio di presidenza della Corte dei conti si è costruita sul paradigma delle norme, espressamente richiamate anche nel parere, relative al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, per le quali - non diversamente da quanto previsto al riguardo per il C.S.M. - l'esercizio delle funzioni d'istituto costituisce un requisito di eleggibilità all'organo di "autogoverno".

³⁶ *Ibidem*, ma anche G.M. FLICK, cit.

³⁷ Fra gli altri, P. MIELI, *Caso Palamara: quanta fretta al Csm*, in *Il Corriere della sera*, 20 settembre 2020.

³⁸ G. SALVI, *Caso Palamara, i tempi del Csm e della Cassazione*, in *Il Corriere della sera*, 24 settembre 2020.

³⁹ CdS, Adunanza Sezione Prima, 7 marzo 2007, 601/07.

⁴⁰ CdS, Sez. IV, n. 06051/2011.

⁴¹ Al riguardo, l'intervento (dal quale chi scrive ha appreso dell'esistenza del parere) del consigliere Cascini al *Plenum* del 19 ottobre.

Come recita l'art. 8, primo comma, l. n. 186 del 1982, «non sono eleggibili al consiglio di presidenza i magistrati che, al momento della indizione delle elezioni, non esercitano funzioni istituzionali». Ora, si legge nel parere, premesso che la limitazione del diritto ad accedere ad uffici rappresentativi, per il suo carattere restrittivo del generale *ius ad officium* elettivo (art. 51 Cost.), è da ritenere eccezionale e di stretta interpretazione⁴², se il fine della disposizione è quello di «collegare effettività ed attualità delle funzioni di istituto alla capacità rappresentativa, si constata agevolmente che quest'impedimento della capacità elettorale passiva si fonda sulla considerazione che, per questa funzione di (parziale) autoamministrazione, l'eleggibilità richiede nell'eletto una rappresentatività del corpo sociale che sia effettiva ed attuale» ma, attenzione, «non vi sono ragioni plausibili per limitare la portata di quella presunzione al momento genetico della rappresentanza nell'autogoverno: la rappresentatività deve permanere per tutto il mandato, giacché la stessa ragione di presunta riduzione di capacità rappresentativa può intervenire ad operare in un momento sopravvenuto qualsiasi del mandato stesso», causando la decadenza del consigliere: «questo avviene in caso di cessazione del rapporto di servizio, ma anche nel caso di sopravvenuto non esercizio delle funzioni d'istituto e dunque del collocamento fuori ruolo che sopravvenga *durante munere*».

Una concatenazione logica che merita di essere approfondita. Come è facile osservare, il punto centrale del ragionamento svolto nel parere sta nell'idea secondo cui, data la «funzione di (parziale) autoamministrazione, l'eleggibilità richiede nell'eletto una rappresentatività del corpo sociale che sia effettiva ed attuale» e su questo si potrebbe persino convenire, salvo naturalmente intendersi sul significato da attribuire a nozioni come quella di (parziale) autoamministrazione e di rappresentatività sulle quali si tornerà nel prosieguo.

Il punto però è un altro e lo individua, correttamente, lo stesso parere. Dalla disciplina del Consiglio di presidenza della Corte dei conti si ricava una presunzione e, si legge, «non vi sono ragioni plausibili per limitare la portata di quella presunzione al momento genetico della rappresentanza nell'autogoverno». Il che è quanto dire che si tratta di una presunzione "*iuris tantum*", che ammette la prova contraria, prova non rinvenibile nell'ordinamento delle magistrature amministrativa e contabile ma ben presente, al massimo livello, nel caso del C.S.M. dove, appunto, è la stessa Costituzione a disciplinare la durata del mandato degli eletti.

In effetti, la disciplina del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti modellata sul paradigma del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, sulla base di un rinvio mobile, comporta, prosegue il parere, che la stessa possa «variare grazie alle novellazioni successive, non esistendo una regola superiore che la irrigidisca per modo che la portata della simiglianza ravvisata in origine tra i due organi resti comunque immutata nel tempo e non diminuibile. Entrambi i consigli di presidenza non sono, a differenza del Consiglio superiore della magistratura, organi di rilievo costituzionale: che si introduca il principio dell'autogoverno anche per le magistrature speciali è certamente conforme alle caratteristiche e alle garanzie che la Costituzione delinea per tutte le magistrature, ma non è necessitato; a maggior ragione non è dato rinvenire al livello costituzionale una qualche regola che imponga la specularità organizzativa di questi organi tra loro o rispetto al CSM»⁴³.

Il che è quanto dire che, mentre le garanzie stabilite per le magistrature speciali⁴⁴ possono, per così dire, prendere l'ascensore per arrivare al livello delle garanzie stabilite per l'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria non vale il reciproco, ovvero non si può far degradare o, se si preferisce, "decadere" un organo di rilievo costituzionale al regime stabilito per altri - per quanto simili - organi di governo autonomo, la cui indipendenza sia assicurata però "solo" dalla legge.

Bisogna allora domandare ai fautori della decadenza implicita, presupposta o ricavata in via di interpretazione sistematica se davvero si pensa che la disciplina stabilita in Costituzione per il C.S.M. possa subire modificazioni sulla base di novelle successive o in via di interpretazione? La risposta

⁴² In tema di ineleggibilità, l'eleggibilità è infatti la regola, l'ineleggibilità l'eccezione: [Corte cost., sentt. 26 marzo 1969, n. 46; 3 marzo 1988, n. 235; 30 novembre 1989, n. 510.](#)

⁴³ V. CdS, Adunanza Sezione Prima, 7 marzo 2007, 601/07, p. 14.

⁴⁴ Per un quadro del progressivo avvicinamento fra i diversi organi di governo autonomo, v. B. Caravita (a cura di), *Gli organi di garanzia delle magistrature. Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario*, Napoli, 2013.

non può che essere obbligata, sicché il parere invocato a sostegno della decadenza prova esattamente il contrario, ovvero il riconoscimento – e non avrebbe potuto essere diversamente – della rigidità della regola superiore prevista per il C.S.M., organo di rilievo costituzionale, a differenza dei Consigli di presidenza delle magistrature “speciali”.

7.2. *La sentenza del Consiglio di Stato.*

Quanto alla sentenza precitata, è stato condivisibilmente osservato⁴⁵, che «ciò che si discusse nel caso Borraccetti fu “esclusivamente” la natura del termine per esercitare l’opzione per il mantenimento in servizio sino al settantacinquesimo anno di età, termine che il giudice amministrativo considerò meramente ordinatorio e perciò rispettato dall’interessato (che aveva presentato domanda di trattenimento in servizio con qualche mese di ritardo) confermando la validità di una deliberazione del Consiglio Superiore che riguardava peraltro una pluralità di magistrati»⁴⁶. Il che, ad essere conseguenti, significa che quel “precedente” non è tale nel caso di specie.

Senonché, il parere dell’Avvocatura dello Stato e, per suo tramite, la delibera del CSM la pensano diversamente, tanto da ancorare la decisione a un passaggio della sentenza, nel quale si osserva che se “per “autogoverno” deve intendersi un sistema in virtù del quale la gestione e l’amministrazione di una determinata istituzione è affidata ai suoi stessi esponenti, nella specie attraverso un organo costituito in base al principio di rappresentatività democratica, ne discende che la qualità di appartenente all’istituzione medesima (nella specie, l’ordine giudiziario) costituisce condizione sempre essenziale e imprescindibile per l’esercizio della funzione di autogoverno e non solo per il mero accesso agli organi che la esercitano»⁴⁷.

In altri termini, il fatto che il legislatore non abbia espressamente previsto la cessazione dall’ordine giudiziario per quiescenza fra le cause di cessazione della carica di componente del C.S.M. dipende non già da una ritenuta irrilevanza del collocamento a riposo, ma dall’essere addirittura scontato che la perdita dello status di magistrato in servizio, comportando il venir meno del presupposto stesso della partecipazione all’autogoverno, è ostativa alla prosecuzione dell’esercizio delle relative funzioni in seno all’organo consiliare»⁴⁸. Un *obiter dictum*⁴⁹, posto che «è opinione della Sezione che la questione qui esaminata non coinvolga il diritto di elettorato passivo e sue eventuali limitazioni, ma attenga piuttosto al presupposto stesso che la legge contempla per il conseguimento della qualità di componente elettivo togato del C.S.M.», fermo restando che, continua la sentenza, «una lettura formalistica del già citato art. 24 della legge nr. 195 del 1958 o di altre disposizioni in materia appare decisamente insufficiente a illuminare sui principi e sulla *ratio* sottesi alla disciplina tutta in materia di autogoverno della magistratura» ... appunto: la lettera della legge non basta e tantomeno bastano i presupposti, specie quando non si capisce a cosa, esattamente, ci si riferisce: occorre guardare, innanzitutto, alla Costituzione, cioè ai principi e alla collocazione costituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura.

7.3. *Il precedente “proprio”.*

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ CdS, Sez. IV, n. 06051/2011.

⁴⁷ Una petizione di principio, anche secondo S. AMORE, *Collocamento in quiescenza del magistrato ordinario e cessazione del mandato elettivo al C.S.M.*, in *Giustizia Insieme*, 12.10.2020.

⁴⁸ Sul punto, criticamente, sembra, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 36.

⁴⁹ Se anche non lo si ritenesse tale, è certo che la questione è stata affrontata e risolta dal giudice di primo grado come “pregiudiziale in senso tecnico”, intesa come mero presupposto logico, di diritto o di fatto, dell’effetto dedotto in giudizio e quindi come presupposto che il giudice deve accertare solo in via strumentale ed incidentale per accordare il bene richiesto e su cui può e deve decidere senza alcuna efficacia autonoma di giudicato (in tal senso, Cass., n. 2645 del 7 marzo 1995; Cass. n. 11195 del 12 novembre 1997; Cass., n. 462 del 19 gennaio 1999; Cass., n. 17632 del 11 dicembre 2002).

Avendo sposato *toto corde* il parere dell'Avvocatura, la Commissione non perde tempo a giustificare il revirement rispetto al proprio precedente puntuale, ovvero alla delibera del CSM del 21/4/2011 relativa alla impugnazione della sentenza del TAR n. 2416/2011 sul caso Borraccetti.

Eppure, sarebbe stato interessante, per non dire necessario, misurarsi con gli argomenti presentati in quel documento e nel collegato parere dell'Ufficio Studi del 18/4/2011. Per non ripetere quanto già detto, ne estraiamo quello relativo alla modifica dell'art. 30 del d.P.R. 916 del 1958, a seguito della quale i membri elettivi provenienti dalla magistratura sono collocati fuori dal ruolo organico.

Detta modifica, si legge nel parere dell'Ufficio studi, “ebbe la sua *ratio* giustificatrice non solo negli accresciuti compiti affidati, al C.S.M. che assorbivano molte energie, quanto, e soprattutto, nella riconosciuta opportunità di rendere sempre più autonomo e distaccato l'esercizio delle funzioni di governo autonomo della magistratura dall'esercizio contemporaneo delle funzioni giudiziarie, che avrebbe potuto avere un'influenza negativa sulla necessaria imparzialità della funzione di alta amministrazione affidata ai componenti del Consiglio.

Si è così passati da un sistema che imponeva un collegamento di stretta immanenza funzionale tra carica elettiva ed esercizio effettivo delle funzioni giudiziarie sia al momento dell'elezione - *ex art. 24 comma 2 lett. a), legge 195/58 -*, che per tutta la durata della carica, ad un altro che limita tale collegamento alla sola prima fase”.

Se questa opportunità allora riconosciuta oggi non lo è più, forse occorre dirlo chiaramente (e non può che essere il legislatore a farlo⁵⁰) e non dare anche questo per presupposto, perché – e occorre esserne consapevoli – questo segnerebbe un ritorno al passato (e certamente a prima del 1981), volontà che, peraltro, la recente decisione del CSM lascia trasparire, per altra via, quando qualifica e ri-qualifica il Consiglio come organo di autogoverno, mettendo in non cale sessanta anni della propria storia... e pace, se questo fosse conforme a Costituzione; la verità è che, forse a propria insaputa, il C.S.M., con la delibera del 19 ottobre, non ha semplicemente “inventato” una decadenza, ma è andata pericolosamente oltre: ha riscritto, insieme alla legge, anche qualche articolo della Costituzione: non sarebbe stato accettabile neanche in regime statutario, tanto meno sotto l'ombrello dell'art. 138.

8. *Rappresentanza e rappresentazione.*

Ora, proprio questo è il punto: tutti gli argomenti affastellati sbrigativamente nella delibera non hanno altro scopo se non quello di rafforzare l'assunto da cui muove l'Avvocatura dello Stato (*rectius*: il Consiglio di Stato), quel “se, infatti, per autogoverno deve intendersi ...”, che, nelle mani della Commissione Verifica Titoli diventa un formidabile *argumentum ad iudicium*, in ragione del quale si predica la verità dell'enunciato facendo appello al fatto che esso è giudicato tale da un gruppo particolarmente vasto o influente (i magistrati? I consiglieri?) di persone, affiancandogli (subliminalmente, ma non troppo) la fallacia del *baculum*: attenzione, cari colleghi, ché se non sarete d'accordo con quanto proposto seguiranno spiacevoli conseguenze.

Il punto è che la verità di un enunciato non dipende da chi e/o da quanti lo giudicano tale e neanche dalle paventate conseguenze. Nel nostro caso, trattandosi di un organo costituzionale o quantomeno di un organo di rilevanza o di rilievo costituzionale⁵¹, dipende essenzialmente da quel che prevede o

⁵⁰ Vorrebbe colmare “la (attuale) lacuna legislativa in materia attraverso una (pretesa) *interpretazione autentica* di un dato normativo (l'art. 32 della legge istitutiva del Consiglio) che sembrerebbe non contenere in alcun modo, per la verità, la regola che si vorrebbe formalizzare la «proposta di legge» AC 2961 (presentata il 30 settembre 2020, annunciata il 2 ottobre 2020) dell'On. E. Costa, di «interpretazione autentica dell'art. 32 della legge 24 marzo 1958, n. 195» (Sul punto, F. GIGLIOTTI, [Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura](#), cit., 571, n. 32)... piuttosto, una conferma della lacuna.

⁵¹ Sul punto E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (appunti per una definizione)*, in *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari*, XLVI, 1, 1966, 155 ss. La formula avrebbe una «portata tecnicamente precisa» secondo A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, cit. Non così per altri autori, che, anzi, ne sottolineano le criticità. Fra questi, M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel*

non prevede la legge e, prima ancora, la Costituzione e i suoi principi: a questi - si starebbe per dire: solo a questi - lo studioso, il «riformatore avveduto»⁵² e, soprattutto lo stesso Consiglio dovrebbero guardare, specie a fronte della crisi – forse la più profonda dalla sua istituzione – che esso sta attraversando, a seguito delle note vicende che hanno coinvolto alcuni esponenti politici e alcuni magistrati, anche membri del C.S.M.

Ora, se si guarda ai principi, a venire in rilievo è, innanzitutto, per quanto qui interessa il primo comma dell'art. 104, a tenore del quale «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» e se è vero che la formula non è andata esente da critiche⁵³ certo è che dalla stessa si possono trarre indicazioni utilissime anche ai nostri fini. Innanzitutto, come è stato autorevolmente osservato, «se si parla di “ordine” è perché si vuol dire ch'essa (magistratura: ndr) non è un “corpo”, cioè una separata organizzazione titolare di interessi suoi propri, distinti da quello generale alla realizzazione della volontà oggettiva dell'ordinamento (...) Magistratura come “potere”, poi. È una qualificazione che l'art. 104 impone solo indirettamente, certo, ma che comunque impone: se la magistratura è indipendente da ogni “altro” potere, ciò vuol dire che la Costituzione la vede - appunto - anche come un potere»⁵⁴.

Va da sé che ordine e potere non possano andare disgiunti. Proprio in quanto è (anche) un “ordine”, estraneo al circuito dell'intermediazione politica, al potere giudiziario è assicurata, ai sensi degli artt. 101, comma 2, e 112 Cost.⁵⁵ la piena indipendenza⁵⁶, garanzia⁵⁷ che – è appena il caso di dire – non è certo in funzione della magistratura come corporazione, ma della collettività e delle persone, come affermato dalla dottrina più attenta⁵⁸, oltre che dalla giurisprudenza⁵⁹ e, in particolare, dalla Corte costituzionale, secondo cui, dato il ruolo e le funzioni ad esso assegnate, il CSM è la “pietra angolare” dell'ordinamento giudiziario⁶⁰.

In effetti, proprio la collocazione del Consiglio superiore subito dopo la proclamazione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura significa che queste garanzie⁶¹ – non il governo

sistema costituzionale, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2020, 11 ss., e L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973, 281, nt. 21.

⁵² M. LUCIANI, in *Il sistema di elezione dei componenti togati del CSM, Relazione al Convegno “Voltare pagina. La riforma del sistema elettorale del CSM”*, Roma, 23 giugno 2020, contributo destinato alla raccolta di *Scritti in onore di Fulco Lanchester*.

⁵³ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 22.

⁵⁴ Così, M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 2 e ID., *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in AA. VV., *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, a cura di A.A. CERVATI e M. VOLPI, Torino, 2010, 114 ma v. anche A.A. CERVATI, *L'indipendenza dei magistrati e della magistratura in Italia e in Francia*, in AA. VV., *Magistratura e Consiglio superiore*, cit., 166 e L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., IX.

⁵⁵ La «garanzia costituzionale dell'indipendenza del pubblico ministero ha la sua sede propria nell'art. 112» ([Corte cost. sent. n. 420 del 1995](#)).

⁵⁶ Cfr. C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 4.

⁵⁷ Da ultimo, la Commissione Scotti (cfr. Relazione della Commissione ministeriale per le modifiche alla Costituzione e al funzionamento del Consiglio superiore della magistratura, [al sito del Ministero della giustizia](#), 2016, 19) ha ricordato che il CSM «non è un semplice consiglio di amministrazione, è piuttosto un'istituzione di garanzia nonché rappresentativa di idee, di prospettive, di orientamenti su come si effettua il governo della magistratura e su come si organizza il servizio giustizia, anzi su quale sia il ruolo della magistratura e dello stesso Consiglio superiore».

⁵⁸ V. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 670, ma v. anche S. PANIZZA, *Art. 104*, in R. Bifulco, a. Celotto, m. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; M. VOLPI, *La indipendenza della magistratura e l'equilibrio con gli altri poteri dello Stato tra modello costituzionale e ipotesi di riforma*, in S. Merlini (a cura di), *Magistratura e politica*, Firenze, 2016, 90, dove anche si rileva che «l'indipendenza non è un privilegio più o meno corporativo, in quanto è strumentale rispetto all'eguaglianza delle persone di fronte alla giustizia e alla tutela dei diritti».

⁵⁹ Da ultimo, Corte dei conti n. 2/SSRRCO/QMIG/19 del 26 febbraio 2019.

⁶⁰ [Corte cost., sent. n. 4/1986](#).

⁶¹ Così, F. SORRENTINO, *Governo dei giudici e giustizia amministrativa*, in AA. VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. CAMPANELLI, Torino, 2009, 188; M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 14 ss.; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 26.

o l'auto-governo – ne definiscono il ruolo e la funzione, sicché il perimetro dell'attività del CSM è pienamente definito dall'esigenza di dare un'adeguata risposta a questa esigenza⁶².

Parlare di “governo” della magistratura è, insomma, equivoco, perché non è in tale “governo” che si identifica la missione del Consiglio, specie se, con questa formula si vuole alludere a una funzione “rappresentativa” della magistratura o di una categoria di essa, non fosse che perché questo significherebbe evocare la “equivoca e sfuggente figura della rappresentanza di interessi”⁶³.

Lascia dunque perplessi anche in sede formale la perentorietà con la quale il nostro locutore intavola senza tante storie quanto gli viene comodo nel gioco dialettico, sebbene sia una premessa smentita dal testo: “nessun dubbio può concretamente porsi in ordine al fatto che il CSM sia l'organo di autogoverno della magistratura: ciò in quanto, secondo la lettura data dalla più autorevole dottrina costituzionalistica, l'art. 105 della Costituzione assegna al Consiglio - e solamente al Consiglio - la deliberazione di tutti i provvedimenti riguardanti lo *status* giuridico dei magistrati ordinari”.

Intanto, come già accennato, la “più autorevole dottrina costituzionalistica” (*rectius*: tutta la dottrina costituzionalistica⁶⁴), la pensa proprio all'opposto, ritenendo che la formula “autogoverno della magistratura” sia errata e foriera di gravi equivoci⁶⁵.

Al di là poi dell'opinione dei professori – che vale in quanto a sua volta giuridicamente sostenuta –, è il testo costituzionale a smentire l'assunto, a partire, come si è visto, dall'attenzione prestata alla composizione dell'organo, proprio al fine di evitarne la torsione corporativa, fino all'assegnazione ai componenti “laici” della Vicepresidenza (e, del resto, il Presidente della Repubblica è il Primo “componente laico”, nonché membro di diritto)⁶⁶.

Il che impedisce di per sé di qualificare il CSM come organo di tipo corporativo⁶⁷, mero rappresentante degli interessi di una categoria (che, in quanto tali, dovrebbero ritenersi contrapposti a quelli di altri organi e/o di altre categorie economico-professionali, con buona pace della funzione propria della Presidenza affidata al capo dello Stato)⁶⁸.

⁶² Come si legge nella Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del CSM presieduta da Livio Paladin, “la *ratio* che accomuna le disposizioni costituzionali riguardanti le attribuzioni del Consiglio va pertanto ricercata nell'esigenza - universalmente messa in luce e sottolineata dalla Corte stessa - di riservare a quell'organo ogni provvedimento che «direttamente o indirettamente possa menomare l'indipendenza della magistratura”.

⁶³ In tal senso, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 176.

⁶⁴ Giova riportare quanto si legge nella “Relazione Paladin”: “Quanto alla «posizione costituzionale», il solo punto ben saldo, e generalmente indiscusso, consiste in ciò: che il Consiglio si risolve in un organo di garanzia creato in funzione dell'indipendenza dei singoli magistrati ordinari e dell'autonomia dal loro complessivo «ordine» rispetto agli altri poteri dello Stato. Lo rende palese il nesso riscontrabile fra il primo comma dell'art. 104 Cost., concernente appunto la magistratura quale «ordine autonomo e indipendente», ed i commi successivi dell'articolo stesso, contenenti la previsione e la disciplina organizzativa dal C.S.M. E vale a confermarlo - oltre ai lavori preparatori della Costituente - la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha rilevato più volte come «strumento essenziale di siffatta autonomia, e quindi della stessa indipendenza dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni, che essa è istituzionalmente rivolta a rafforzare», siano «le competenze attribuite al Consiglio superiore dagli artt. 105, 106 e 107 Cost. (cfr. le [sentt. n. 142 del 1973](#) e [n. 148 dal 1983](#))».

⁶⁵ Basti ricordare, per tutti, il classico studio di A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, cit., 1071 sg.

⁶⁶ Sulla composizione insiste anche N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 36, per sottolineare che “*le qualificanti presenze esterne alla magistratura fanno piuttosto preferire, per esso, la definizione di organo di governo autonomo della magistratura*”.

⁶⁷ Si osserva che “nonostante l'obbligo imposto al legislatore di modellare la legge elettorale del CSM tenendo conto della distinzione in “categorie” dei magistrati, la Costituzione, nel riferirsi a queste, non voleva delineare un CSM “corporativo” (quale risulterebbe da un'elezione nella quale i pubblici ministeri possono votare solo per i pubblici ministeri, i giudici per i giudici, ecc.), imponendo essa di tenere conto della distinzione solo per ciò che riguarda l'elettorato passivo ([Corte cost., sentt. n. 168 del 1963](#) e [n. 87 del 1982](#))” (così, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 35).

⁶⁸ La pensa diversamente, R. RUSSO, *L'affaire Davigo. Semel iudex semper iudex?*, in [Giustizia Insieme](#), 12.10.2020, dove si legge che «il rigoroso rispetto della ‘categorizzazione’ rende puntuale e articolato il principio di rappresentatività, cioè l'esigenza che il Consiglio, nella sua componente togata, costituisca l'espressione di gruppi di interessi professionali sufficientemente omogenei, in concreto individuati per legge nelle categorie dei magistrati, esercenti in concreto: le

Tantomeno si può dire che al Consiglio spetti il governo dell'intera magistratura nel senso della imposizione alla stessa di un qualsivoglia indirizzo politico, cui corrisponda una legittimazione, appunto politico-rappresentativa dell'organo, posto che la prima garanzia dell'indipendenza della magistratura è la sua sottoposizione "solo alla legge" *ex art. 101 Cost.*, assistita dalla riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario *ex art. 108 Cost.*

Certo, come è stato osservato di recente, «i "quattro chiodi" cui, per riprendere le parole di Ruini in Assemblea Costituente⁶⁹, è appeso il quadro competenziale del CSM (assunzioni; assegnazioni e trasferimenti; promozioni; provvedimenti disciplinari) implicano attività che possono anche dirsi di "governo", ma queste sono il mezzo, non il fine, che resta saldamente ancorato alla garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza»⁷⁰ e non vi è dubbio, per riprendere la formulazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del CSM presieduta da Livio Paladin, che la presenza del CSM aggiunge un'ulteriore e importantissima garanzia – ma, attenzione: nella prospettiva "istituzionale" sopra ricordata - proprio attraverso la sottrazione al Governo e al Ministero della Giustizia delle funzioni amministrative elencate all'art. 105.

Tutto ciò consente di superare anche quelle tesi, che, pur senza postulare, come invece fa la delibera approvata, che il CSM tecnicamente rappresenti l'ordine giudiziario, sostengono la tesi della decadenza del mandato del Consigliere togato elettivo collocato in quiescenza sul presupposto dell'effettività delle funzioni come patente di rappresentatività.

In particolare, è stato recentemente sostenuto⁷¹ che:

- alla luce della "complessa fisionomia dell'organo di governo autonomo, non sarebbe aderente alla realtà sostenere che esso rappresenti in senso tecnico l'ordine giudiziario";
- nondimeno, "sarebbe egualmente sbagliato ignorare che la Costituzione ha voluto che confluisse nel Consiglio una componente genuinamente rappresentativa della magistratura destinata a confrontarsi e a raccordarsi con la componente laica nell'ambito di un organo collegiale presieduto dal Presidente della Repubblica";
- sicché la funzione di "saldatura, raccordo, confronto tra componenti di diversa estrazione e sensibilità" presuppone che il *munus* consiliare sia svolto da "magistrati pienamente partecipi della vita della magistratura e destinati a rientrarvi al termine dell'esperienza consiliare".

A ben guardare, questo è anche il nucleo della decisione recentemente assunta dal Consiglio Superiore. Sennonché, all'affermazione della funzione rappresentativa del Consiglio (o della sua componente togata) non segue - *pour cause* – alcun chiarimento circa il tipo di rappresentanza al quale ci si riferisce. Come è noto, la lingua italiana, a differenza di altre – e, in particolare, di quella tedesca – non ha termini atti a distinguere tra rappresentanza privatistica e rappresentanza politica e tuttavia – quale che sia quella "presupposta" – si deve osservare che i componenti togati del CSM non assicurano né la "rappresentanza" privatistica (*Vertretung*) dei loro elettori, né quella istituzionale del potere giudiziario e nemmeno quella politica delle realtà associative (*Repräsentation*).

Questo - si badi - non significa negare il rapporto, che attraverso l'elezione, si stabilisce tra eletto ed elettori, il quale, tuttavia, si rifà (e si ferma) al senso linguistico originario della parola, a tenore del quale "rappresentare significa rendere visibile e presente un essere invisibile (*Abwesend*) per mezzo di un essere che è presente (*Anwesend*) pubblicamente⁷²: si rifà perché in questa formula, se si vuole paradossale, è riassunto il nocciolo delle due tesi che da sempre si contrappongono in tema di rappresentanza, ovvero quella dell'indipendenza (del rappresentante) e quella del mandato; si ferma, perché la previsione della non immediata rieleggibilità dei membri elettivi (art. 104, comma 6

funzioni di legittimità presso la Suprema Corte ovvero la P.G. (due seggi); le funzioni requirenti (quattro seggi); le funzioni di merito (dieci seggi)»... insomma: un sindacato!

⁶⁹ V. l'intervento alla seduta dell'Assemblea Costituente del 25 novembre 1947, in *Atti Ass. Cost.*, 1^a ed., 2460.

⁷⁰ Ancora M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 16.

⁷¹ N. ROSSI, *Sta per nascere ...*, cit.

⁷² Così, C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, trad. it., Milano, 1984, 277, e G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, trad. it., Milano, 1989, 70.

della Cost.), che comporta, di per sé, il venir meno della responsabilità⁷³ nei confronti dei propri elettori - tratto caratterizzante sia la rappresentanza privatistica che quella pubblicistica – conferma, se ancora ce ne fosse bisogno, che il togato eletto al CSM non rappresenta, appunto, gli interessi di qualcuno o di qualcosa ma semplicemente rende presenti i rappresentati, mediante il suo contributo di esperienza, la sua conoscenza dei colleghi e del loro mondo, l'idea condivisa della giurisdizione e dei problemi della giustizia.

La (speciale) politicità del Consiglio Superiore risiede, dunque, nel complesso delle sue attribuzioni, che, considerate «nel loro insieme, non sono la sommatoria di competenze frazionate, generatrici di atti isolati, privi di criteri ordinatori, ma si inseriscono in una *policy* di settore, i cui confini sono tracciabili a partire dal dettato costituzionale e dalle leggi attuative»⁷⁴. Se poi si guarda alle ragioni profonde dell'attuale crisi, sembra opportuno chiarire, ulteriormente, che “politica non significa, su questo versante, schieramento sistematico di parte, ma, al contrario, confronto volto all'individuazione della più regolare, coerente ed efficace prassi attuativa delle norme costituzionali e legislative. Se questa “politica” in senso peculiare fosse stata sempre prevalente nel Consiglio, forse le correnti non si sarebbero trasformate in macchine spartitorie di posti e benefici, favorite, in questa loro disdicevole tendenza, da accordi slegati da ogni considerazione generale, che non sia di pura accumulazione del potere, anche in collegamento con la politica partitica, che avrebbe dovuto invece rimanere fuori dall'organo di garanzia”⁷⁵.

Il che è quanto (riba)dire che il Consiglio non può, in alcun modo, definirsi come uno strumento di “rappresentanza in senso tecnico dell'ordine giudiziario”⁷⁶, come da tempo, del resto, ha rilevato la stessa Corte costituzionale⁷⁷, trattandosi piuttosto, come si è detto, di «un organo “di garanzia” chiamato ad esprimere, nei limiti fissati dalla Costituzione e dalla legge sull'ordinamento giudiziario, “indirizzi” in materia di amministrazione della giurisdizione»⁷⁸.

In questa luce, cadono, allora – a prescindere dal caso concreto -, tutte le preoccupazioni da più parti avanzate circa la presunta perdita di capacità rappresentativa o, addirittura, l'estraneità «al corpo elettorale che gli ha conferito il mandato» del consigliere cessato dal servizio come magistrato e anzi

⁷³ Sul punto, v. le preoccupazioni espresse nella Relazione finale della Commissione di studio per la riforma del sistema elettorale del CSM (1996), presieduta da E. BALBONI, recentemente ripubblicata in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 17.06.2019.

⁷⁴ G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), n. 4/2017.

⁷⁵ Così, G. SILVESTRI, *Principi costituzionali e sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, cit.; in senso opposto, R. DE VITO, *Il caso Davigo: la vera posta in gioco*, in [Questione Giustizia](#), 12.10.2020, secondo il quale «occorre essere ben avvertiti (...) del gravissimo pericolo che si corre nel gettare a mare la *rappresentatività democratica* del Consiglio superiore per sostenere la tesi della permanenza in carica di un consigliere non più appartenente all'ordine giudiziario»; e ciò in quanto «appartenenza e rappresentatività costituiscono un binomio indefettibile nel concetto di governo autonomo. Non solo perché non si può essere rappresentativi se non si è appartenenti – cosa che si tocca con mano anche nel funzionamento quotidiano del Consiglio –, ma anche perché l'appartenenza, con le conseguenze che ne derivano in termini di soggezione al procedimento disciplinare, impedisce che la rappresentatività trasmodi in arbitrio».

⁷⁶ Per tutti, v. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1963, 3 ss. e, più recentemente, G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, 2009, 82.

⁷⁷ Cfr. [Corte cost., sent. n. 142/1973](#).

⁷⁸ V. in tal senso, da ultimo, F. DAL CANTO, *Il Consiglio superiore della magistratura tra crisi e prospettive di rilancio*, Relazione presentata a Roma l'11 ottobre 2019 al Convegno della rivista *Giustizia Insieme* dal titolo *Migliorare il CSM nella cornice costituzionale*, in *Consulta on line*, 30 gennaio 2020 e M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit. G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del Csm nella Costituzione e nella legge*, in CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA-ASSOCIAZIONE VITTORIO BACHELET, *Ruolo e funzione del Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura a 35 anni dalla scomparsa di Vittorio Bachelet*, Roma, 2017, 6, nt. 3 (anche in *Liber amicorum di Piero Alberto Capotosti*, Bari, 2016, II, 707 ss.), “per dare il senso della considerazione unitaria dell'Ordine giudiziario nel confronto con gli altri poteri dello Stato, senza però attribuire allo stesso il significato di organo che decide un indirizzo politico giudiziario inammissibile nel nostro sistema costituzionale” (sul punto v., in senso parzialmente diverso; ID., *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 4/2017, 24). Sulla preferibilità della qualificazione del Csm come organo di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura rispetto a quella di organo di autogoverno v. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 505 e P.A. CAPOTOSTI, *Il ruolo del giudice nella Costituzione, alla luce del pensiero di Vittorio Bachelet*, in [Nomos](#), 2008, 112.

si comprende la profonda coerenza dell'art. 104 Cost. e della l. n. 195 del 1958, dove l'appartenenza all'ordine giudiziario rileva per l'esercizio del diritto di elettorato (attivo e) passivo, non per il mantenimento della carica.

D'altro canto, "l'indipendenza dei giudici non è assicurata dall'exasperazione dell'organizzazione in senso rappresentativo del loro governo, tanto più se questa rappresentatività rispetto all'insieme dei giudici si deve comporre con una, sia pure minore, rappresentanza politica: la combinazione nell'unico organo di tali due rappresentanze accentua una politicità per così dire di ritorno, che non concede nulla o quasi alla partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia"⁷⁹ con il risultato che "l'affermazione dell'indipendenza a livello di categoria comporta l'accentuazione degli effetti del distacco tra queste forme di indipendenza e il dovere di rispondere delle proprie attività: dovere che non può essere della categoria, né sanzionato in tutto all'interno di questa, ma è di ogni singolo magistrato"⁸⁰... Davvero si pensa che questo corrisponda al dichiarato intento di ri-legittimare un'istituzione in crisi o alla garanzia (dell'indipendenza e/o degli interessi) dei magistrati in nome dei quali si afferma di agire?

9. *Postilla su questione preliminare.*

La pubblicazione sul sito del CSM dell'o.d.g. aggiunto per il *Plenum* del 4 novembre 2020, contenente la proposta di conferimento del mandato all'"Avvocatura dello Stato a costituirsi in giudizio deducendo l'infondatezza nel merito del ricorso proposto dal dott. DAVIGO e della formulata domanda cautelare, altresì deducendo la questione di giurisdizione nella forma dell'eccezione del difetto di giurisdizione o del regolamento preventivo di giurisdizione" costringe a qualche specifica considerazione.

La proposta evidenzia in via preliminare che "Il dott. Davigo, infatti, pur se ha impugnato la delibera consiliare, quindi, un atto amministrativo, di fatto aziona, con il ricorso, il suo diritto soggettivo a far parte del Consiglio Superiore della Magistratura, in quanto componente eletto nel luglio del 2018".

Questa volta è l'Ufficio studi dello stesso CSM a "istruire" il Consiglio e con esso l'Avvocatura e non mancano i riferimenti giurisprudenziali, più o meno pertinenti, nel senso che subito si dirà.

Occorre dar conto - si legge - "dell'orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte, secondo il quale, la giurisdizione in tema di contenzioso elettorale amministrativo è distribuita tra giudice ordinario e giudice amministrativo, spettando al primo le questioni che, come quelle di ineleggibilità, decadenza e incompatibilità, afferiscono al diritto di elettorato passivo, e al secondo quelle che riguardano le operazioni elettorali¹.

Tale orientamento è condiviso anche dal giudice amministrativo il quale, anche di recente, ha riaffermato che le "*controversie concernenti l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, essendo finalizzate a tutelare un diritto soggettivo perfetto, inerente all'elettorato passivo, devono essere devolute alla giurisdizione del giudice ordinario; peraltro, la giurisdizione non incontra limitazione o deroghe nel caso in cui la questione di eleggibilità sia introdotta mediante impugnazione del provvedimento, poiché, in tali ipotesi, la decisione non verte sull'annullamento dell'atto amministrativo, ma sul diritto soggettivo perfetto riguardante l'elettorato attivo o passivo.*" (v. Consiglio di Stato sez. V, 11/02/2019, n. 990).

Tali principi sono stati poi ribaditi dalle Sezioni Unite Civili della Cassazione anche nell'ordinanza n. 5574/2012, con la quale è stato deciso il ricorso proposto con regolamento preventivo di giurisdizione proprio da un componente laico del Consiglio Superiore della Magistratura dichiarato decaduto per incompatibilità². In detta pronuncia è stato affermato che, "*in tema di contenzioso*

⁷⁹ G. BERTI, *Manuale*, cit., 670-671.

⁸⁰ G. BERTI, *Manuale*, cit., 670-671.

elettorale amministrativo, sono devolute al giudice ordinario le controversie concernenti l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, in quanto volte alla tutela del diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo; né la giurisdizione del giudice ordinario incontra limitazioni o deroghe per il caso in cui la questione di eleggibilità venga introdotta mediante impugnazione del provvedimento di decadenza, perché anche in tale ipotesi la decisione verte non sull'annullamento dell'atto amministrativo, bensì sul diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato attivo o passivo (così anche Cass., sez. Un., nn.8469/2004 e 11646/2003)". Inoltre, è stato chiarito come tale principio si attagli "de plano ai componenti eletti (dal Parlamento o dai magistrati) del CSM" e ciò in quanto "anche la posizione soggettiva acquisita da quest'ultimi per effetto della scelta compiuta dagli elettori si configura come diritto soggettivo perfetto"⁸¹.

Dunque, sostiene il Consiglio, non siamo di fronte a una decadenza (né, tantomeno a un requisito di eleggibilità o a un'incompatibilità); cionondimeno, si discute di un diritto soggettivo, sicché come emergerebbe dalle sentenze dei supremi giudici, la competenza spetta al giudice ordinario.

Peraltro, come dice il saggio, "questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica" o quantomeno per la "pratica Davigo".

In effetti, se si considera la sentenza della Cassazione civile sez. un., n. 5574 del 2012, si scopre subito che la vicenda riguardava il caso di un membro "laico" del CSM, dichiarato decaduto dalla carica per incompatibilità, essendo al momento dell'elezione amministratore unico di una società, incarico che non aveva tempestivamente dismesso dopo l'assunzione della carica, così come la recente sentenza del Consiglio di Stato, riguardava un'ipotesi di incompatibilità alla carica di consigliere comunale (per aver precedentemente assunto la carica di assessore). Insomma, se è vero che "*al fine di stabilire il giudice fornito di giurisdizione deve farsi riferimento non già alla prospettazione delle parti, ma al criterio del "petitum sostanziale", il quale va identificato anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio, individuata sulla base dei fatti allegati e del rapporto giuridico di cui sono manifestazione e dal quale la domanda è identificata*", non vi è dubbio che, nel caso di specie, "i fatti allegati" e "il rapporto giuridico di cui sono manifestazione"⁸² facciano propendere per l'infondatezza dell'eccezione e dunque per il radicamento del giudizio dinanzi al giudice amministrativo.

A ben vedere, d'altra parte, la questione di giurisdizione non fa che evidenziare gli insuperabili paradossi su cui è fondata la delibera che ha "dichiarato" la decadenza nel "caso Davigo" – fattualmente e giuridicamente del tutto diverso - da quelli oggetto delle sentenze richiamate nella proposta all'o.d.g. della seduta del CSM del 4 novembre 2020.

La prospettazione dell'Ufficio studi muove, infatti, dall'affermazione – invero opinabile – secondo cui, pur avendo impugnato un atto amministrativo, di fatto, l'ex consigliere avrebbe azionato, con il ricorso, il suo diritto soggettivo a far parte del Consiglio Superiore della Magistratura, in quanto componente eletto nel luglio del 2018".

Un'affermazione che mal si concilia e, anzi, contraddice radicalmente l'impianto della delibera del 19 ottobre, che – di fatto - non concerne (la disciplina del)l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, ma, come si è visto, l'erroneo presupposto del CSM come organo di autogoverno,

⁸¹ L'Ufficio Studi del CSM fa riferimento, testualmente, a Cass., Sezz. Un. Civ., sent. n. 1 del 27/01/1999; ord. n. 8469 del 04/05/2004; ord. n. 717 del 22/01/2002. Nel medesimo senso Cass., Sez. Un. Civ., sent. n. 22640 del 29 ottobre 2007, così massimata: "*in tema di contenzioso elettorale amministrativo, la giurisdizione è distribuita tra giudice ordinario e amministrativo - ai sensi degli artt. 82 e ss. del d.P.R. n. 570 del 1960 e dell'art. 6 della legge n. 1034 del 1971; - nel senso che al primo spettano tutte le controversie che concernono l'ineleggibilità, le incompatibilità e le decadenze, ossia aventi ad oggetto diritti soggettivi, mentre al secondo spettano quelle aventi ad oggetto in via diretta l'annullamento degli atti amministrativi attinenti alle operazioni elettorali; né la giurisdizione del giudice ordinario viene meno per il fatto che la questione sull'ineleggibilità venga introdotta mediante l'impugnazione del provvedimento di convalida degli eletti. Ne consegue che è devoluta alla giurisdizione dell'A.G.O. la cognizione della controversia promossa da un elettore diretta a far valere l'ineleggibilità alla carica di sindaco del soggetto che abbia già ricoperto detta carica per due mandati consecutivi immediatamente precedenti le elezioni, come disposto dall'art. 51, comma 2, del D.Lgs. n. 267 del 2000".*

⁸² Così, Consiglio di Stato sez. V, 11/02/2019, n. 990.

rappresentativo (degli interessi) dei magistrati, da cui si fa discendere l'ulteriormente erronea necessità, per la permanenza in carica del componente togato, dell'effettività delle funzioni.

Insomma, delle due l'una: quando si sostiene che con il ricorso si aziona un diritto soggettivo, derivante dalla contestazione della decadenza, si finisce per negare quanto affermato nella precedente delibera, che, non avendo trovato una previsione espressa in tal senso, era risalita, di presupposto in presupposto, fino alle funzioni e al ruolo del CSM; se, invece, l'oggetto della delibera (e del ricorso) è, appunto, il presupposto, per ciò stesso, si esce dalla materia elettorale e dalla possibilità – ammesso che il ricorrente ne avesse la volontà – di far valere immediatamente diritti soggettivi, sicché l'interesse personale e attuale alla legittimità del provvedimento non potrebbe qualificarsi altrimenti se non come interesse legittimo.

Talvolta succede che da premesse false saltino fuori conclusioni vere, grazie a qualche fortunato incidente deduttivo. Questa volta no e, tuttavia, il giudice adito non rileva incongruenze o, meglio, si limita ad osservare che: “pur non venendo in considerazione una ipotesi di ineleggibilità o decadenza, comunque i poteri esercitati dal Consiglio Superiore della Magistratura nei confronti del dott. Davigo non possono definirsi di natura autoritativa ma devono ricondursi nell'ambito delle attività di verifica amministrativa della sussistenza dei requisiti necessari per il mantenimento della carica, ivi compresi quei requisiti che costituiscono un *prius* logico del diritto di elettorato passivo.

In sostanza, il CSM ha affermato che, a seguito del collocamento a riposo, il dott. Davigo, in quanto componente togato dell'organo, non sarebbe più possesso di un (pre)requisito necessario per mantenere la carica. L'attività di verifica del Consiglio si è basata su una interpretazione del panorama legislativo e dei principi da esso ricavabili, la cui correttezza è contestata dalla parte ricorrente.

Ne consegue che, in applicazione del criterio di riparto generale della giurisdizione prima richiamato, il *petitum* sostanziale del giudizio attiene sempre alla tutela di un diritto soggettivo, poiché la verifica svolta dal CSM non è idonea a far “degradare” a interesse legittimo la posizione dell'interessato.

Né rileva, ai fini del riparto di giurisdizione, la circostanza, richiamata nella memoria difensiva di parte ricorrente, che l'art. 135, comma 1, lett. a), del Codice del processo amministrativo attribuisca a questo Tribunale amministrativo la competenza funzionale inderogabile sulle “*controversie relative ai provvedimenti riguardanti i magistrati ordinari adottati ai sensi dell'articolo 17, primo comma, della legge 24 marzo 1958, n. 195*”, cioè (come recita la norma rinviata) quelle concernenti “*Tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati*”. L'art. 135 c.p.a., infatti, si limita a individuare talune materie riservate, in deroga alle ordinarie regole di competenza territoriale di cui all'art. 13 c.p.a., alla cognizione del Tar Lazio, sede di Roma, nel presupposto che la relativa controversia sia comunque sottoposta, in base agli ordinari criteri, alla giurisdizione di questo giudice.

Dunque, poiché la presente fattispecie non riguarda una delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e la situazione giuridica di cui si chiede la tutela ha la consistenza, nonostante la veste provvedimentoale assunta dalla delibera del CSM impugnata, di diritto soggettivo, la relativa cognizione deve essere riconosciuta al giudice ordinario⁸³.

Insomma, se ben si comprende, la delibera del CSM non sarebbe, secondo il giudice, né sostanza (materia elettorale) né accidente (giurisdizione esclusiva); spese compensate, trattandosi di una vicenda nuova e complessa: meglio disfarsene.

⁸³ TAR per il Lazio, sez. I, n. 11814/2020.

Tania Groppi
**Alle frontiere dello stato costituzionale:
innovazione tecnologica e intelligenza artificiale* ****

ABSTRACT: The article deals with the challenges that artificial intelligence poses to the pillars of the constitutional State: the popular sovereignty and the constitutional rule of law, considering that this outstanding progress of humanity must be regulated to limit its negative consequences. In particular, it is considered necessary to work so that the principles of constitutionalism can affect common sense, becoming part of the heritage of all, including the protagonists of science and technology, who are continually asked to choose in which direction to direct their researches and activities.

SOMMARIO: 1. I fatti: la rivoluzione digitale – 2. Le due frecce del progresso. – 3. L’impatto sul diritto costituzionale. – 4. Quel che il diritto costituzionale ha da dire.

1. *I fatti: la rivoluzione digitale.*

Guardare all’intelligenza artificiale dal punto di vista del diritto è un compito arduo.

Non siamo di fronte a un ‘oggetto’ come gli altri, a ‘fatti’ come gli altri. L’intelligenza artificiale, e, più in generale, l’insieme delle nuove tecnologie informatiche intorno alle quali si sta sviluppando l’attuale rivoluzione digitale – terza o quarta rivoluzione industriale che sia – stanno modificando profondamente e rapidamente i contesti economici, sociali, culturali e finanche antropologici nei quali viviamo e nei quali il diritto si radica¹.

Il diritto, come regola di condotta delle (e per le) società umane, è sempre una reazione ad accadimenti. Rispetto ai quali viene ‘dopo’. Ma allo stesso tempo, è anche un tentativo di *pre-venirli* (come ci mostra il frequente utilizzo dell’espressione ‘*previsioni normative*’ quale sinonimo di ‘norme giuridiche’). Un tentativo, cioè, di venire ‘prima’, di orientare i comportamenti umani. In questa relazione con i fatti si colloca sia la carica prescrittiva del diritto, sia la sua ragionevolezza, nel senso, appunto, di ‘adeguatezza ai fatti’.

Nel nostro caso, i ‘fatti’ che ci interessano sono innanzitutto gli sviluppi e i prodotti delle tecnologie, ovvero dell’‘artificio’: di quell’operare dell’*artifex* che interviene a plasmare la natura². Nonché le conseguenze di tali innovazioni su tutti gli aspetti della vita delle comunità umane.

Niente di nuovo, potremmo dire. Da secoli ormai, dagli albori della prima rivoluzione industriale, accanto agli entusiasmi, il progresso tecnico-scientifico ha generato paure, preoccupazioni e finanche resistenze (restano emblematici i luddisti, per limitarci all’esempio più noto). Nonché interrogativi sulla capacità degli esseri umani di orientarlo – anche attraverso il diritto, e *in primis* il diritto costituzionale, col suo carico di principi e valori – verso il bene comune, circoscrivendone le eventuali conseguenze negative.

Niente di nuovo, dunque. Ma è proprio così? La creatività umana, coniugata con l’economia capitalistica globale del terzo millennio, ha impresso allo sviluppo tecnologico un’accelerazione mai sperimentata prima, compiendo passi che ci spingono a interrogarci sull’essenza e sui confini

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13 (Online First) del Regolamento della Rivista.

** Relazione tenuta il 18 settembre 2020 nell’ambito della Summer School (Università di Foggia) “La circolazione della ricchezza nell’era digitale” (destinata anche al volume “La circolazione della ricchezza nell’era digitale”, a cura di V. Cuocci, F. P. Lops, C. Motti, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Foggia, Pacini giuridica, 2021).

¹ Per una efficace sintesi di quello che possiamo intendere per ‘rivoluzione digitale’ e del suo impatto, si veda il volume di taglio divulgativo di A. BARICCO, *The Game*, Torino, 2018.

² Sull’eterna contrapposizione tra natura e artificio, v. le illuminanti pagine di G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, 4 ss.

dell'umano. Siamo di fronte a innovazioni senza precedenti, che in pochi decenni hanno portato l'uomo ad acquisire una capacità finora sconosciuta di incidenza sull'ambiente e persino sulla specie (pensiamo, accanto al nostro tema, che incorpora nella sua stessa denominazione, *intelligenza artificiale*, questa tensione, alle biotecnologie, in particolare agli interventi sul genoma): cambiamenti rapidissimi che “nel breve e nel lungo periodo potrebbero revocare in dubbio le condizioni o, se si vuole, i presupposti stessi dell'agire umano nel futuro”³, e che toccano le dinamiche profonde dell'essere umano, la sua autocoscienza, le relazioni con gli altri e la stessa percezione della realtà, ormai sempre più di frequente mediata da “uno spesso strato di macchine senzienti e di filtri digitali”⁴.

2. *Le due frecce del progresso.*

Cose antiche e cose nuove. A me pare che nell'affrontare questo tema, anche come giuristi, oltre che come cittadini di questa epoca, non possiamo evitare di confrontarci con una questione di fondo: ovvero con la possibilità di leggere la storia umana attraverso le lenti del *progresso*. Una impostazione fatta propria anche dal Costituente italiano, laddove, nell'art. 4, qualifica il lavoro come “un'attività o una funzione che concorra al *progresso* materiale o spirituale della società”.

Un progresso che – se riflettiamo e ci facciamo guidare dalle sempre più diffuse e affascinanti trattazioni di macrostoria (da Jared Diamond a Yuval Harari) – possiamo dire essersi mosso su due assi, che Aldo Schiavone, in un piccolo libro dal titolo proprio di “*Progresso*”⁵, ha di recente rappresentato come due frecce lanciate da uno stesso arco.

La modernità si è costruita, fin dal Rinascimento, su due binari, due frecce appunto. Da un lato, il progresso tecnico-scientifico: la capacità dell'uomo, attraverso le risorse della sua intelligenza, di conformare la natura, che ha via via portato a una liberazione dalla fatica, dalla fame, dalle malattie, almeno di una parte, quella fortunata, dell'umanità. Dall'altro la progettualità culturale e sociale, la trasformazione etica, il cambiamento del senso comune: una seconda freccia alla quale dobbiamo, tra le altre cose, la fine della schiavitù, la repulsione per le pene disumane o degradanti (come la crocifissione e finanche la pena di morte in sé) e in definitiva una sempre maggiore attenzione per la dignità di ogni essere umano.

Gli scostamenti e i disallineamenti tra le due frecce non sono mancati, ma la modernità è riuscita finora quasi sempre a colmare i dislivelli, a riallineare i due piani (benché in ogni momento resti aperta la scelta tra le più estreme opzioni, scelta che dipende dal rapporto che si realizza, *hic et nunc*, fra controllo e potenza, fra ragione e dominio).

Ebbene, il ‘nuovo’ è che siamo di fronte nel XXI secolo a una enorme divaricazione tra le due frecce, ovvero tra la velocità dell'avanzamento della tecnica e la capacità del resto della storia umana di adeguarvisi. Una divaricazione preannunciata dalle tragiche vicende del XX secolo, tra le quali le due devastanti guerre mondiali, ma diventata oggi clamorosamente evidente.

Già nel 1950, il grande teologo tedesco Romano Guardini scriveva, in un passo ripreso dall'Enciclica “*Laudato si*”⁶: “Si tende a credere che “ogni acquisto di potenza sia semplicemente progresso, accrescimento di sicurezza, di utilità, di benessere, di forza vitale, di pienezza di valori”, come se la realtà, il bene e la verità sbocciassero spontaneamente dal potere stesso della tecnologia e dell'economia. Il fatto è che “l'uomo moderno non è stato educato al retto uso della potenza”, perché l'immensa crescita tecnologica non è stata accompagnata da uno sviluppo dell'essere umano per quanto riguarda la responsabilità, i valori e la coscienza”⁶.

³ R. BIFULCO, *Futuro e costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità delle generazioni venturose*, in A. Tarantino, R. Corsano (a cura di), *Diritti umani, biopolitica e globalizzazione*, Milano, 2006, 43.

⁴ A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2017, 19 ss., spec. 23.

⁵ A. SCHIAVONE, *Progresso*, Bologna, 2020.

⁶ Così FRANCESCO, *Laudato si*, che cita R. GUARDINI, *Das Ende der Neuzeit*, Würzburg 1965⁹, 87 (ed. it.: *La fine dell'epoca moderna*, Brescia, 1987, 80-87).

Detto in altre parole, siamo oggi di fronte a uno squilibrio tra potenza (tecnica) e razionalità (civile e politica), tra forza dei dispositivi tecnico-economici globali e capacità di governarla secondo il bene comune. Uno squilibrio che sta mandando fuori asse il mondo e che rischia di diventare una vera e propria frattura: di determinare cioè una forma sociale e politica del mondo e dell'umano inadeguata a contenere ed elaborare la potenza della tecnica che essa stessa ha prodotto⁷.

3. *L'impatto sul diritto costituzionale.*

Questi cambiamenti epocali pongono ai costituzionalisti perlomeno due ordini di questioni. Essi ci portano a interrogarci su: 1) come tali nuovi 'fatti' impattano sul diritto costituzionale e 2) quello che il diritto costituzionale ha da dire, nella prospettiva di un riallineamento tra le due frecce.

Vorrei fare alcune considerazioni, molto veloci, su ciascuno di questi aspetti.

Quanto al primo. Non c'è un angolo del diritto costituzionale che non sia profondamente investito da queste trasformazioni. Potremmo scrivere un commentario della Costituzione italiana interamente in quest'ottica, il materiale non mancherebbe. Non ci dobbiamo sorprendere: "l'intelligenza artificiale è una tecnologia trasversale e pervasiva, che tocca tutti gli ambiti della vita sociale. Essa può dare un grande contributo al progresso, economico e sociale, ma mette a rischio fondamentali interessi individuali e sociali"⁸.

Mi limito a un sintetico elenco di temi, rinviando per il resto a recenti scritti di Andrea Simoncini⁹, Carlo Casonato¹⁰, Tommaso Edoardo Frosini¹¹ e Beniamino Caravita, in particolare, nel volume curato da Ugo Ruffolo, appena pubblicato, che mi pare sia al momento il testo più completo in lingua italiana su intelligenza artificiale e diritto¹².

Naturalmente, il campo di elezione da monitorare più attentamente è quello dei diritti, a partire dalla definizione dei loro titolari e dallo status dei robot¹³. Tra i diritti, non è solo questione del diritto alla *privacy* e dintorni, come si era soliti ritenere agli inizi dell'attuale rivoluzione tecnologica. Con il procedere degli anni e lo sviluppo di tecnologie digitali sempre più sofisticate, è divenuto evidente che tutti i diritti sono coinvolti, quelli individuali e quelli sociali, fino ad arrivare al principio di eguaglianza e di non discriminazione, messo a rischio dai *bias* che possono essere incorporati negli algoritmi. Ce lo ha mostrato, quanto ai pregiudizi razziali, il famoso caso del *software* predittivo *Compas*¹⁴ e si va sviluppando una crescente preoccupazione per la incorporazione negli algoritmi dei pregiudizi di genere, complice anche l'assoluta prevalenza maschile tra i programmatori¹⁵. Pensiamo poi alla biomedicina e persino alle problematiche poste dai *sex-robots*¹⁶. Per non dire delle fonti del diritto: forme di regolazione tecnica, standards e codici (nel senso in cui se ne parla nell'ambito della

⁷ Lo dico con le parole, a mio avviso assai efficaci di A. SCHIAVONE, *Progresso*, cit., 97 e 99.

⁸ G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 63 ss., spec. 86.

⁹ V. ad es., oltre agli altri contributi di questo autore che ho già citato o che citerò tra poco, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 63 ss.

¹⁰ Tra i molti interventi di Carlo Casonato, una sintesi dei diversi aspetti in C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *DPCE*, 2019, 101 ss.

¹¹ T. E. FROSINI, *Liberté, Égalité, Internet*, Napoli, 2020, 2° ed.

¹² B. CARAVITA, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., 451 ss.

¹³ Su questo tema, v., ad es., A. VENANZONI, *La valle del perturbante: il costituzionalismo alla prova delle intelligenze artificiali e della robotica*, in *Politica del diritto*, 2019, specie 257 ss.

¹⁴ Sul quale v. ad esempio A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1/2019, 87 ss.

¹⁵ E. STRADELLA, *Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale*, in *Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, Genova, 2020 (*e-book*); M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020, 313 ss., in un capitolo dal significativo titolo di "Intelligenza artificiale 'contro' le donne".

¹⁶ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit., 117 ss.

cyberlaw, ovvero come codici delle macchine), *self-regulation*, *co-regulation*, *tecno-regulation*, clausole sperimentali, norme etiche: la regolazione dell'intelligenza artificiale apre spazi di riflessione inediti sul sistema delle fonti¹⁷. Un esempio aneddotico: il richiamo, contenuto in uno dei 'considerando' della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 ("Norme di diritto civile sulla robotica")¹⁸, alle "leggi di Asimov" (elaborate dal celebre scrittore in un'opera di *science-fiction*)¹⁹ come base di riferimento etica e deontologica dei comportamenti dei ricercatori che operano nel settore della robotica! C'è poi la questione, sempre più attuale, non solo negli Stati Uniti dove si è posta inizialmente, dell'uso dell'intelligenza artificiale (cioè di sistemi informatizzati supportati da algoritmi) nelle decisioni amministrative e persino in quelle giudiziarie, che ha portato la dottrina a riflettere su un nuovo diritto, il "diritto ad una decisione umana"²⁰ e fatto parlare di "algoritmo incostituzionale"²¹, da parte di autori che hanno evidenziato la difficoltà di garantire i principi di conoscibilità e comprensibilità della logica utilizzata dalle macchine²².

Ma, al di là delle singole problematiche, è la stessa forma di Stato che del costituzionalismo costituisce il prodotto più maturo, lo Stato costituzionale (o democratico-pluralista) ad essere messa in discussione: come è noto esso si costruisce intorno a due perni, ben sintetizzati nel secondo comma dell'art. 1 della Costituzione italiana. Da un lato la sovranità popolare, ovvero la remissione delle decisioni politiche al popolo, a maggioranza, attraverso il principio del governo rappresentativo, il che implica la libera formazione del consenso attraverso una dialettica democratica. Dall'altro il *rule of law* costituzionale, ovvero la limitazione del potere, anche quello delle maggioranze politiche 'democratiche', attraverso il diritto, in nome della garanzia del pluralismo che trova la sua espressione nei diritti fondamentali delle persone²³.

Appare evidente che entrambi questi pilastri sono profondamente investiti, nel XXI secolo, dalle nuove tecnologie.

La sovranità popolare, ovvero la formazione del consenso, è sottoposta alle tensioni derivanti dalle trasformazioni delle tecnologie della comunicazione e dell'informazione (ICT). Ormai la principale fonte di informazione è rappresentata da piattaforme tecnologiche in mano a pochi soggetti privati che, una volta profilati i propri utenti, possono influenzarne i comportamenti e le scelte, anche politiche. Tali piattaforme sono disponibili via *web* (motori di ricerca e *social media*) e accessibili attraverso gli *smartphones*, strumenti che giungono nelle mani di un numero incredibilmente alto di abitanti del pianeta. Senza fare molti esempi, basti dire che oggi "è l'algoritmo di Amazon a decidere quali libri vengono letti nel mondo"²⁴.

In altre parole, è vero che Internet è apparso fin dall'inizio un potenziale strumento di libertà e le nuove tecnologie un veicolo di liberazione, ma col passare del tempo ne stanno sempre più emergendo i rischi.

Se la democrazia è il potere visibile, secondo la famosa espressione di Norberto Bobbio, questi nuovi strumenti operano invece nell'oscurità e nel segreto degli algoritmi contenuti nei *software*, incomprensibili per i non addetti ai lavori e spesso di difficile accesso, anche perché coperti dalle norme sulla proprietà industriale.

¹⁷ G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in [BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto](#), 2/20, 401 ss.

¹⁸ P8 TA (2017) 0051 *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103). Principi generali riguardanti lo sviluppo della robotica e dell'intelligenza artificiale per uso civile*, Considerando T, sul quale v. A. D'ALOIA, *Il diritto verso un mondo nuovo. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in [BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto](#), 1/2019 6.

¹⁹ I. ASIMOV, *Circolo vizioso* (1942) in ID., *Io, Robot*, Milano 2003, 43 ss.

²⁰ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit., 127 ss.

²¹ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 63 ss.

²² M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2018, del 30 settembre 2018.

²³ Rinvio ai miei saggi raccolti in T. GROPPI, *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020.

²⁴ R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Bologna, 2019, 330.

Algoritmi che non sono neutri, ma perseguono interessi, fini e ideologie programmati da chi li scrive, e che incidono sulla formazione delle opinioni politiche e del consenso democratico. Veri e propri poteri invisibili, di fronte ai quali il rischio di quella che è stata definita “dittatura algoritmica” si fa effettivo²⁵. Pensiamo ad alcune espressioni che inevitabilmente ci troviamo ad utilizzare quando ci riferiamo all’intelligenza artificiale e alla sua incidenza sui processi di decisione politica: *black box*, *gated communities*, *fake news*, *bubble democracy*²⁶. Tutte espressioni che ci mostrano una incompatibilità di fondo con i principi della democrazia costituzionale, basata sulla formazione dialettica del consenso, attraverso processi deliberativi che mirano all’avvicinamento delle posizioni, al compromesso, tramite il dialogo e il confronto. Proprio il contrario di ciò verso cui spingono le nuove tecnologie: incomunicabilità, polarizzazione, quando addirittura non si giunga fino all’incitamento all’odio. In questo quadro, è diventata evidente la permeabilità delle democrazie costituzionali a influenze esterne, da parte degli stati autoritari, nonché la capacità dei movimenti cd. populistici di utilizzare la semplificazione offerta dalla rete per proporre un approccio banalizzato alla comunicazione politica, che impedisce la diffusione di un pensiero complesso e articolato²⁷.

Il *rule of law*, per parte sua, è messo in crisi dalla emersione di nuovi poteri globali, come i cosiddetti ‘giganti del Big Tech’. Non è ‘solo’ una questione da affrontare in termini di diritto antitrust (lo è ‘anche’). Queste *big corporations* gestiscono infatti una risorsa molto particolare: il nuovo petrolio del XXI secolo, ovvero i *big data*, vere e proprie miniere di dati che si quantificano con nuove entità di misura (come gli *zettabytes*). Essi costituiscono la base grazie alla quale progredisce l’intelligenza artificiale (attraverso un approccio statistico, che consente il *machine learning* e specialmente il *deep learning*, processi che rendono le macchine intelligenti sempre più autonome rispetto ai loro creatori)²⁸, nonché di quell’attività di profilazione sulla quale si fonda il cd. “capitalismo della sorveglianza”²⁹. Come è stato detto efficacemente da Andrea Simoncini, “la sovranità oggi non ha più caratteri necessariamente privati o pubblici, personali o collettivi, ma essenzialmente *tecnici*”³⁰. Siamo di fronte a “una nuova forma di potere sovrano – *superiorem non recognoscens* – che pone al diritto costituzionale – se vuole mantenere il suo statuto ontologico di ‘misura’ del potere e ‘fondamento’ della sovranità – una sfida del tutto inedita, richiedendo, innanzitutto, la comprensione del fenomeno e, quindi, l’elaborazione di nuove forme e strumenti d’azione adeguati ed efficaci”³¹. Non deve stupire, pertanto, che Vladimir Putin abbia affermato in una intervista che “chiunque sarà in grado di padroneggiare l’intelligenza artificiale governerà il mondo”³².

Ebbene, al momento, il diritto non riesce a limitare tali nuovi poteri, di fronte ai quali i diritti restano privi di garanzia. Quel che appare di particolare gravità, e diventa ancor più sfidante, è che non stiamo parlando soltanto dei diritti dei consumatori, degli imprenditori o degli utenti, come accade per qualsiasi settore economico, ma dei diritti dei cittadini, che si proiettano nella sfera politica e in quella delle libertà fondamentali, *in primis* di espressione e di coscienza. L’auto-mazione è nemica dell’auto-nomia dell’individuo³³, con immediate ricadute sul circuito della sovranità popolare, come abbiamo già detto.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ La letteratura è già sterminata. Un’ottima sintesi in C. R. SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell’epoca dei social media*, Bologna, 2017.

²⁷ R. BODEI, *Dominio e sottomissione*, cit., 328.

²⁸ A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 87 ss. Su questo fondamentale snodo v. anche G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, 199 ss.

²⁹ Secondo la fortunata espressione coniata da S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

³⁰ A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell’era digitale*, cit. 20.

³¹ *Ibidem*.

³² R. BODEI, *Dominio e sottomissione*, cit., 331.

³³ A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell’era digitale*, cit., 25.

Ma c'è di più. Aggiungerei un aspetto che viene a monte, ancora prima della sovranità popolare e del *rule of law*.

I recenti sviluppi delle tecnologie digitali vanno ad incidere su una visione antropologica, positivizzata nel tipo di Stato costituzionale prevalente sul continente europeo, il c.d. “Post-War paradigm” (riconducibile alla forma che chiamiamo ‘Stato sociale’)³⁴, in cui l’essere umano viene in rilievo *in primis* come ‘lavoratore’ e il lavoro costituisce l’ambito nel quale si svolge la gran parte della socializzazione umana³⁵.

La Costituzione italiana ne rappresenta l’espressione più emblematica fin dal suo art. 1, per sviluppare poi questa prospettiva nella parte I, dove il lavoro compare in ben 23 commi: essa si fonda su una visione dell’uomo e della sua vita in comune così come forgiata dal “secolo del lavoro”, ovvero dal Novecento³⁶.

Non c’è chi non veda che stiamo andando in una direzione ben diversa, almeno in alcune parti del pianeta, nei paesi ricchi ed evoluti, ovvero verso una progressiva scomparsa del lavoro e una sostituzione dei lavoratori con le nuove macchine intelligenti.

Come tutto questo impatterà sulla nostra forma di Stato, resta ancora da decifrare: sarà in grado questo “tempo liberato” (che al momento pare produrre soltanto disoccupazione, precariato o impieghi non qualificati, col loro strascico di rancore e paura) di tradursi, come auspicava Jeremy Rifkin in un libro di qualche anno fa (“*La terza rivoluzione industriale*”)³⁷, in nuovi impieghi nell’ambito della società civile – un ambito economico al quale ci si riferisce di solito con il termine un po’ svalutativo di “terzo settore” –, dedicati a costruire capitale sociale e alla trasformazione ecologica?

O non condurrà piuttosto a nuove diseguaglianze, nuove povertà, nuove marginalità, che finiranno per allentare la coesione sociale e mettere in moto ulteriori processi di divisione e polarizzazione?

Insomma, siamo “alle frontiere” dello Stato costituzionale, come recita il titolo che ho scelto per questa lezione, perché è così forte la torsione che probabilmente dobbiamo prendere atto che stiamo vivendo uno dei *turning point* della storia, cioè una di quelle trasformazioni economico-sociali alle quali segue un mutamento della forma di Stato.

Così è accaduto per la nascita dello Stato moderno e per l’affermarsi dello Stato assoluto, per la nascita dello Stato liberale di diritto e più recentemente di quello democratico-pluralista.

Purtroppo, per il momento assistiamo soprattutto alla *pars destruens*: ovvero a quella “regressione democratica” ormai all’opera da diversi lustri³⁸, che colpisce non soltanto le nuove democrazie, ma anche le democrazie stabilizzate, nelle quali spesso ad essere beneficiati del nuovo quadro sono politici estranei ai valori della democrazia costituzionale, della quale rigettano i principi cardine e che una volta al potere fanno di tutto per sbarazzarsene come ci mostra, tra le altre, l’esperienza degli Stati Uniti durante la presidenza di Donald Trump³⁹.

³⁴ L. WEINRIB, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudhry (ed.) *The Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence*, Cambridge, 2006, 89.

³⁵ T. GROPPI, *Fondata sul lavoro. Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, (2012), ora in EAD., *Menopaggio*, cit., 71 ss.

³⁶ A. ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro*, Bologna, 2000.

³⁷ J. RIFKIN, *La terza rivoluzione industriale*, Milano, 2011, spec. 294 ss.

³⁸ Tra i primi a definire puntualmente i caratteri della *constitutional retrogression*, v. T. GINSBURG, A. Z. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018. Il tema è adesso sviluppato da molte altre opere, tra le quali si segnala, per completezza, M. A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, 2018. Più in generale, sui processi di regressione democratica, H. Geiselberger (a cura di), *La grande regressione. Quindici intellettuali da tutto il mondo spiegano la crisi del nostro tempo*, Milano, 2017, specialmente i saggi di A. APPADURAI, Z. BAUMAN, S. ŽIŽEK.

³⁹ Nel senso che “l’ascesa del populismo è motivata in gran parte da ragioni tecnologiche, per cui è facile cedere alla tentazione che anche la soluzione debba essere tecnologica”, v. Y. MOUNK, *Popolo vs Democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Milano, 2018, 214. Sulle conseguenze politiche delle nuove tecnologie, con specifica attenzione all’Italia, A. DAL LAGO, *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*, Milano, 2017.

4. *Quel che il diritto costituzionale ha da dire.*

Il diritto costituzionale globale, comprensivo, oltre che delle norme costituzionali nazionali, del diritto internazionale e sovranazionale che entra nei singoli ordinamenti a integrare il quadro costituzionale domestico, oltre a “subire” questo impatto, ha però qualcosa da dire per orientarlo.

Innanzitutto, il costituzionalismo deve ‘fare il suo lavoro’, in altre parole deve svolgere il compito che ne costituisce l’essenza, fin dal suo sorgere nella lotta contro il monarca assoluto⁴⁰: limitare il potere, pubblico o privato che sia, ovvero “regolare regolare regolare”⁴¹. Siamo di fronte ad un’altra tappa di quel processo che sono soliti definire, con i miei studenti, “guardie e ladri”, ovvero l’eterna fuga del potere dalla regolazione. Naturalmente questo apre molteplici interrogativi: come si fa a governare la tecnologia digitale? Quando gli attori non sono definiti, e applicano regole tecniche, ‘codici’ che solo gli specialisti possono comprendere? Con che tipo di norme: autonormazione da parte dei soggetti della rete, *soft law* o *hard law* accompagnata da sanzioni? A che livello: globale, europeo, nazionale? Quel che è certo è che occorre non solo rendere accessibile, conoscibile e controllabile l’algoritmo⁴², ma altresì sviluppare una nuova concezione della privacy, che vada oltre l’impostazione soggettiva rispetto alla quale il consenso informato appare come l’unico strumento di tutela⁴³, per sviluppare invece misure di tipo precauzionale, che riescano ad intervenire prima che gli algoritmi siano elaborati. Con l’effetto di ridurre al minimo e finanche vietare, in situazioni di incertezza scientifica sugli effetti potenziali, l’attività potenzialmente dannosa⁴⁴. In questa direzione si stanno orientando molti dei documenti elaborati a livello internazionale ed europeo, che restano però al momento relegati nel campo della *soft law*, incapaci pertanto di produrre effetti vincolanti su un settore in continua, rapidissima, inafferrabile espansione⁴⁵. Insomma, il lavoro per i costituzionalisti non manca.

Inoltre, dobbiamo ricordare che lo Stato costituzionale contiene, tra i suoi principi, quegli ‘anticorpi’ che debbono guidare le decisioni politiche finalizzate alla regolazione. Tra i molti che potremmo evocare, mi limito qui a riferirmi a due aspetti strettamente collegati che costituiscono il cuore del costituzionalismo di questa epoca: quelli della *concretezza* e del *pluralismo*. Nel senso che le decisioni che riguardano le persone umane, al plurale, debbono essere assunte ‘in concreto’, tenendo conto della irripetibile specificità di ciascuno, come ha affermato in tanta giurisprudenza, anche recente, la Corte costituzionale italiana. Essa, secondo quanto già qualche anno fa segnalava Marta Cartabia, “sempre più frequentemente dichiara l’illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che contengono “automatismi”, in particolare quando esse sono formulate in modo tale da non permettere al giudice (o eventualmente alla pubblica amministrazione) di tenere conto delle

⁴⁰ In questo senso C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell’intelligenza artificiale*, in [BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto](#), 1/2019, 177 ss., spec. 178. Così anche M. BARBERIS, *Populismo digitale. Come Internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2020, spec. 184 ss.

⁴¹ Contro questa impostazione, affermando di continuare “a ritenere che Internet debba svolgersi come un diritto spontaneo”, T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Diritto dell’informatica*, 2020, 465 ss., spec. 483.

⁴² B. CARAVITA, *Principi costituzionali*, cit., 466 ss.

⁴³ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit., 125 ss.

⁴⁴ Il principio di precauzione è richiamato in vari interventi di Andrea Simoncini, tra i quali si veda ad es. A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 86 ss. Sulle diverse declinazioni di questo principio e la loro applicabilità all’intelligenza artificiale v. P. ZUDDAS, [Pregiudizi digitali e principio di precauzione](#), in questa *Rivista*, 2020/II, 408 ss.

⁴⁵ Nell’ambito dell’Unione europea, si veda, ad es., la [Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Creare fiducia nell’intelligenza artificiale antropocentrica, COM/2019/168 final](#), ed il [Libro Bianco sull’intelligenza artificiale - Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia, COM\(2020\) 65 final](#). Molteplici studi e documenti sono stati messi a punto dal Consiglio d’Europa: v., ad es., [Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications](#), Strasbourg 2018.

peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione”⁴⁶.

Molteplici sono le conseguenze che derivano da tali principi e molteplici le considerazioni che si potrebbero fare riguardo all’impatto sull’intelligenza artificiale. A partire dalla necessità di sgombrare il campo dalle sirene di una “giustizia esatta”⁴⁷, condivisa da uomini e macchine oggi, forse domani delegata, per inarrestabile attrazione fatale⁴⁸, integralmente a *justice machines*⁴⁹.

Nell’ultimo libro scritto prima di morire, “*Dominio e sottomissione*”, che ho già citato qui diverse volte, Remo Bodei ci mostra un’altra faccia di questo tema: egli ci ha detto, quasi come un lascito, che “la questione da porre non è se si punta troppo sulle macchine, ma se invece si punta troppo poco sulle persone”⁵⁰. Insomma, il diritto dell’intelligenza artificiale potrebbe essere colto come un’occasione per riflettere sulle specificità dell’umano, non riproducibili da nessuna macchina, ovvero sul “ruolo e lo spazio che vorremo mantenere per noi stessi, per il nostro potere e i nostri diritti”⁵¹. In sostanza sui *core values*, i valori non negoziabili, della democrazia costituzionale. Le ricadute giuridiche di questa impostazione non mancano. Tali principi si oppongono in radice a qualsiasi automatismo e decisione puramente algoritmica, e non sembrano al momento adeguatamente tutelati dalle norme vigenti, né in ambito europeo né domestico⁵², che, se pur escludono una decisione basata *unicamente* sul procedimento automatizzato, rimettono poi al soggetto leso una sorta di *probatio diabolica*⁵³.

Qualsiasi sia il tipo di intervento regolatorio prescelto, occorre tenere conto che il progresso tecnico è inarrestabile. Esso fa parte del nucleo essenziale del mistero che connota l’essere umano e lo spinge ad andare sempre oltre, come ci ricorda il folle volo di Ulisse nella Commedia dantesca e come ci mostra, più semplicemente, la traiettoria storica dell’Occidente, ovvero di quella parte della civiltà umana che è più nettamente incline a superare i limiti con tutti i mezzi, con “indomito ardore”, è stato detto proprio in riferimento all’intelligenza artificiale⁵⁴.

In altre parole, questi sviluppi appartengono alla nostra epoca⁵⁵ e il principio di realtà ci impone di non ignorarli, di farci, in qualche modo, i conti. Essi possono essere sia disvelati – nel senso di portati all’attenzione dell’opinione pubblica attraverso una costante e corretta informazione⁵⁶ – che indirizzati, attraverso decisioni politiche che vadano nella direzione di un riallineamento delle due frecce del progresso delle quali parlavo all’inizio.

Ben prima che la tecnologia digitale ci mettesse con le spalle al muro, costringendoci a guardare in faccia la situazione e a reagire, cosa ci hanno detto le scoperte nel campo dell’energia nucleare, della chimica, della fisica, della biologia e della genetica, delle neuroscienze? L’energia nucleare può

⁴⁶ M. CARTABIA, [I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana](#), 2013, 12 ss. (pubblicato nel [sito della Corte costituzionale](#)).

⁴⁷ V. MANES, *L’oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., 554.

⁴⁸ A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 11-12.

⁴⁹ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit.

⁵⁰ R. BODEI, *Dominio e sottomissione*, cit., 329.

⁵¹ C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell’intelligenza artificiale*, cit., 182.

⁵² A questo riguardo non possono essere considerati soddisfacenti né il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati - GDPR)*, né il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, *Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio*.

⁵³ A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 81.

⁵⁴ V. ZAMAGNI, *Occidente*, Bologna, 2020, 29.

⁵⁵ A. D’ALOIA, *Il diritto verso un mondo nuovo*, cit., 16, citando Norbert Wiener, uno dei padri della cibernetica, che scriveva nel 1948.

⁵⁶ *Ivi*, 21.

servire alla guerra, ma anche alla medicina; la genetica a creare mostri, ma anche a curare malattie già dal momento del concepimento o a creare risorse alimentari supplementari per mezzo degli ogm; le neuroscienze possono servire a controllare le coscienze o a curare le patologie delle funzioni cerebrali.

Come ha scritto uno scienziato passato attraverso una delle più drammatiche esperienze del Novecento, Primo Levi: “Siamo figli di quell’Europa dove è Auschwitz: siamo vissuti in quel secolo in cui la scienza è stata curvata, ed ha partorito il codice razziale e le camere a gas. Chi può dirsi sicuro di essere immune dall’infezione?”⁵⁷.

Questo stringente interrogativo tocca la capacità dei principi della democrazia costituzionale di farsi senso comune, di permeare di sé la nostra epoca e chi in essa abita, compresi coloro che delle innovazioni che qui abbiamo sinteticamente richiamato sono i protagonisti, gli scienziati⁵⁸.

Vorrei chiudere con altre parole di Primo Levi, scritte poco prima della sua morte, nel 1986, in un articolo sul quotidiano *La stampa*⁵⁹, di recente riprese da Gustavo Zagrebelsky⁶⁰.

“Mi piacerebbe (e non mi pare impossibile né assurdo) che in tutte le facoltà scientifiche si insistesse a oltranza su un punto: ciò che farai quando eserciterai la professione può essere utile per il genere umano, o neutro, o nocivo. Non innamorarti di problemi sospetti. Nei limiti che ti saranno concessi, cerca di conoscere il fine a cui il tuo lavoro è diretto. Lo sappiamo, il mondo non è fatto solo di bianco e di nero e la tua decisione può essere probabilistica e difficile: ma accetterai di studiare un nuovo medicamento, rifiuterai di formulare un gas nervino. Che tu sia o non sia un credente, che tu sia o no un “patriota”, se ti è concessa una scelta non lasciarti sedurre dall’interesse materiale e intellettuale, ma scegli entro il campo che può rendere meno doloroso e meno pericoloso l’itinerario dei tuoi compagni e dei tuoi posteri. Non nasconderti dietro l’ipocrisia della scienza neutrale: sei abbastanza dotto da saper valutare se dall’uovo che stai covando sguscerà una colomba o un cobra o una chimera o magari nulla”.

⁵⁷ P. LEVI, *Così fu Auschwitz.*, in *La Stampa*, 9 febbraio 1975, ora in ID., *Opere*, I, 1997, 1190 ss.

⁵⁸ A. SIMONCINI, S. SUWEISS, *Il cambio di paradigma*, cit., 14, secondo i quali “occorre interiorizzare i valori tutelati dal diritto costituzionale nella stessa progettazione delle macchine”.

⁵⁹ P. LEVI, *Covare il cobra*, in *La Stampa*, 11 settembre 1986, ora in *Opere II*, Torino, 1997, 990 ss.

⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *Che cosa divide scienza e coscienza*, in *La Repubblica*, 19 ottobre 2019.

Antonio Ruggeri
Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19* **

ABSTRACT: In a context characterized by a growing disorder of the system of legal sources, there is a trend toward the use of sources with a lower rank than those with which they would ideally compete. In this way, an inverted hierarchy emerges, particularly blatant in the present situation, marked by the spread of the Covid-19 pandemic. This confirms the need for constitutional amendment, that can no longer be postponed, aimed at an overall remaking of the origin framework, especially regarding the management of emergencies as the ongoing one.

SOMMARIO: 1. La complicazione crescente del sistema delle fonti, il disordine che ormai endemicamente ne connota le dinamiche interne, le diffuse carenze riscontrabili in ordine alla “qualità”, assiologicamente intesa, della normazione e il ruolo di “supplenza” che di conseguenza si trovano sempre più spesso chiamati ad esercitare i giudici. – 2. Le torsioni dei ruoli istituzionali diffusamente testimoniate dagli atti di normazione, nei loro reciproci rapporti (con specifica attenzione a quelli tra leggi costituzionali e leggi comuni), la tendenza alla progressiva attrazione verso il basso delle discipline normative, fatte oggetto di prima regolazione da parte di atti di grado inferiore rispetto a quelli cui invece la stessa competerebbe, la *piramide rovesciata* che per effetto di queste esperienze viene di conseguenza a formarsi. – 3. Lo spinoso, anomalo bilanciamento tra il valore della salute e della vita delle persone e le ragioni di una teoria delle fonti d’ispirazione formale- astratta, l’inadeguatezza del decreto-legge a far fronte alle emergenze del tempo straordinario, quale quella sanitaria in atto, il bisogno di un complessivo, critico ripensamento del quadro delle fonti, con conseguente aggiornamento della Carta che tenga conto delle emergenze in parola.

1. La complicazione crescente del sistema delle fonti, il disordine che ormai endemicamente ne connota le dinamiche interne, le diffuse carenze riscontrabili in ordine alla “qualità”, assiologicamente intesa, della normazione e il ruolo di “supplenza” che di conseguenza si trovano sempre più spesso chiamati ad esercitare i giudici

Che il sistema delle fonti sia afflitto da una crisi interna profonda e si presenti dunque al proprio interno disordinato o – potrebbe dirsi ricorrendo ad un ossimoro – *asistemico* è cosa risaputa da tempo, attorno alla quale si registra una larga e diffusa convergenza dei punti di vista di studiosi di vario orientamento¹. Insomma, non è certo una novità della stagione presente né si deve, in modo diretto ed esclusivo, alla emergenza sanitaria in atto che ne ha solo dato una emblematica, particolarmente attendibile testimonianza. È chiaro, infatti, che nel tempo dell’emergenza alcuni difetti strutturali del sistema emergono con tratti di singolare evidenza e che carenze e torsioni già visibili in tempo di quiete si mostrano in forme esasperate in una stagione in cui la stessa è alterata. Tanto più poi ciò risulta provato laddove – ed è proprio il caso dell’emergenza in corso – il suo turbamento non si abbia a mezzo di fatti pur eclatanti che nondimeno esauriscano i loro effetti in un

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.

** Intervento conclusivo del Seminario su *Ordine e disordine delle fonti nella gestione dell’emergenza*, a cura di A. Ciancio, Catania 7 dicembre 2020, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ *Ex plurimis*, v. AA.VV., *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, a cura di M. Siclari, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; AA.VV., *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 1/2017, e ancora i contributi che sono nel fasc. 1/2019 di *Dir. cost.*, dedicato alle *Fonti del diritto*, a cura di R. Bin e O. Chessa. Di una “connotazione irrazionalistica” che pervade il sistema delle fonti discorre ora A. MORELLI, *Il giudice robot e il legislatore naïf. La problematica applicazione delle nuove tecnologie all’esercizio delle funzioni pubbliche*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, *Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale*, Genova, 2020, 453 ([e-book](#)).

arco temporale ristretto bensì in conseguenza di eventi che durano a lungo, addirittura – come oggi – per un tempo dalla durata imprevedibile, mettendo a dura prova la stessa capacità di tenuta dell'ordinamento e della società, la loro idoneità a trasmettersi integri anche alle generazioni che verranno.

Occorre fare chiarezza su un punto per vero talora trascurato anche dalla più avvertita dottrina; ed è che la Costituzione non dà, non può e non deve dare, un quadro compiuto del sistema delle fonti, limitandosi a fare parola delle fonti primarie e superprimarie (con cenni a quelle secondarie), peraltro in modo assai semplificato ed approssimativo (o, diciamo pure, scarnificato), senza cioè descriverne compiutamente il regime complessivo, rappresentato unicamente nelle sue linee più marcate ed espressive. Dalla Carta, al pari della superficie del mare, emerge insomma solo la punta dell'*iceberg* ma la montagna sottostante resta sommersa. È giusto che sia così. D'altronde, gli stessi atti di primo grado (a partire dalla legge), per la parte di loro spettanza, sono chiamati unicamente a dare la regolazione di base di talune dinamiche istituzionali e sociali, avuto specifico riguardo a beni della vita particolarmente meritevoli di tutela, non di certo ad esaurire la regolazione stessa né a normare su oggetti che sono dalla stessa Carta demandati alla cura di atti diversi. Basti solo pensare alle fonti di autonomia, nella più larga accezione del termine, con specifico riguardo a quelle prodotte dalle formazioni sociali (ordini professionali, ecc.) ed al ruolo da esse concretamente giocato nel governo di alcune dinamiche: un ruolo via via cresciuto col tempo, man mano che il valore del pluralismo ha avuto modo di esprimersi e radicarsi in forme varie nel tessuto sociale. E si pensi ancora alle fonti prodotte da istituzioni un tempo sconosciute, come le autorità indipendenti², esse pure espressive della complicazione crescente registratasi non solo in ambito sociale ma anche a livello di apparato.

Il vero è che – com'è risaputo – sono enormemente cresciuti, per numero e complessiva consistenza, i bisogni che premono per essere appagati e numerose e varie sono altresì le emergenze venute alla luce (da quella economica a quella climatica, da quella terroristica a quella migratoria ed ora appunto a quella sanitaria e ad altre ancora), peraltro non sempre in successione temporale tra di loro ma contemporaneamente, accavallandosi confusamente l'una sull'altra ed obbligando gli organi della direzione politica ad adottare, alle volte in modo convulso ed improvvisato, sotto la spinta di occasionali sollecitazioni, misure volte ad arginare finché possibile la portata degli effetti ad esse riconducibili.

A fronte di una messe crescente di bisogni che reclamano soddisfazione, gli organi di apparato preposti alla produzione giuridica, in specie a quella di primo grado, hanno mostrato (e mostrano) limiti evidenti, ulteriormente rimarcati dalle annose, acclamate carenze della rappresentanza politica, qui nuovamente intesa nella sua peculiare e maggiormente qualificante espressione, quale rappresentatività, attitudine cioè alla ricezione dei bisogni stessi, alla loro sistemazione secondo una scala ordinata di priorità e, infine, alla loro traduzione in discipline normative ad essi congrue e complessivamente soddisfacenti.

Non v'è, infatti, soltanto la confusione ed approssimazione con cui si fa utilizzo degli strumenti di produzione giuridica a segnare negativamente i più salienti svolgimenti delle dinamiche della normazione e del sistema dalle stesse composto ed incessantemente rinnovato; ancora di più (e peggio) vi sono strutturali carenze per ciò che attiene alla "qualità" della normazione stessa, qui nuovamente intesa in una duplice accezione, con riferimento tanto al modo con cui si fa (o non fa) uso delle tecniche di *drafting*, quanto (e soprattutto) alla idoneità – come si viene dicendo nel suo insieme poco apprezzabile – degli atti a dar voce ai valori fondamentali dell'ordinamento, a dare dunque specificazione-attuazione ai principi nei quali gli stessi nel modo più genuino ed immediato si rispecchiano e, insomma, a dar loro modo di farsi diritto vivente e vivificante l'esperienza³.

È superfluo qui rilevare che la qualità, nell'accezione assiologicamente qualificante da ultimo

² Sui poteri di normazione delle autorità in parola, v., ora, F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino 2020.

³ In questa accezione della "qualità" mi riconosco sin da *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 240 ss.

richiamata, non si apprezza di certo dal numero delle leggi prodotte o dalla consistenza di ciascuna di esse per l'aspetto del numero delle disposizioni di cui risultino dotate; tutt'altro...

La qualità – come dicevo – si coglie nella giusta luce specificamente al piano del servizio che gli atti di normazione possono offrire ai principi di base dell'ordinamento e, specificamente, alla salvaguardia dei diritti fondamentali⁴, nei quali – secondo l'aureo e ad oggi attualissimo insegnamento impartitoci dai rivoluzionari francesi e scolpito nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 – si esprime in modo emblematico e, a conti fatti, risolve l'essenza della Costituzione (o, diciamo meglio, di una Costituzione di tradizioni liberali, qual è appunto la nostra⁵). Una salvaguardia che – per quanto è nella disponibilità degli atti di normazione (e, segnatamente, della legge) – può essere ricercata e fin dove possibile realizzata a modo a mezzo di discipline agili e strutturalmente flessibili, essenzialmente *per principia*, facendosi quindi rimando, per un verso, ad atti ulteriori di produzione giuridica (a partire dai regolamenti) e, per un altro verso, a regole di produzione giurisprudenziale, stabilite in relazione ai peculiari connotati di ciascun caso ed alle complessive esigenze che vi fanno capo⁶.

Si dà (o, meglio, *dovrebbe* darsi), insomma, un complessivo equilibrio tra il diritto politico e il diritto giurisprudenziale⁷, l'uno – secondo modello – precedente l'altro⁸, tutti nondimeno bisognosi di darsi sostegno a vicenda, dal momento che il primo se non congruamente ed armonicamente seguito dal secondo rimarrebbe sostanzialmente privo di effetti e questo senza quello privo della luce che solo il primo può dargli, della cornice entro la quale svolgersi o – se si preferisce altrimenti dire – dell'alveo entro il quale fluire e pervenire alla meta dell'appagamento dei bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale.

Questo schema fatica, tuttavia, a rispecchiarsi nella realtà; diciamo pure che solo sporadicamente trova in essa riscontro, non di rado alle strutturali carenze della legislazione, cui si è fatto cenno, si è trovata (e si trova) a dover porre riparo la giurisdizione, in ciascuna delle sue forme espressive (comune e costituzionale) ed in tutte assieme. Non è, nondimeno, di qui trattare nuovamente della c.d. “supplenza” diffusamente esercitata dai giudici nei riguardi del legislatore, della quale – come si

⁴ ... in funzione della quale è, peraltro, disposto l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, in ciascuna delle loro forme espressive e, soprattutto, nel loro insieme (una opportuna sottolineatura del rilievo acquisito dalla solidarietà in occasione della gestione dell'emergenza sanitaria in atto si è avuta nell'intervento di I. MASSA PINTO al nostro Seminario).

⁵ Rimane, infatti, impregiudicata l'annosa e spinosa questione se di “Costituzione” possa propriamente parlarsi unicamente con riguardo all'idea venuta alla luce nel corso della vicenda liberale ovvero se possa darsene una più ampia accezione, *allgemeigültig* [su ciò, molto importante è la riflessione che va da anni svolgendo A. SPADARO, specie a partire dal suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano Giuffrè, 1994; sull'idea di Costituzione, v., ora, A.I. ARENA, *La costituzione come idea e come realtà storica (Appunti di Dottrina dello Stato)*, in Dirittifondamentali.it, 2/2019, 11 dicembre 2019; ulteriori riferimenti in A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, 29 ss.].

⁶ In questo modello si riconosce una schiera di studiosi che va facendosi sempre più nutrita [tra gli altri, R.G. 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, 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](http://RivistaAIC.it), 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.].

⁷ Del rapporto tra il diritto politico e il diritto giurisprudenziale si discute – come si sa – *ab antiquo*: di recente, un confronto ricco di interessanti spunti teorico-ricostruttivi si è avuto in occasione di una Giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso su *Il diritto giurisprudenziale* tenutasi a Pisa il 16 dicembre 2019; *adde* M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e C.V. GIABARDO, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, in [Giustizia Insieme](http://GiustiziaInsieme.it), 4 settembre 2020.

⁸ È pur vero, tuttavia, che talune suggestioni venute dalle pratiche giurisprudenziali possono poi avere (ed effettivamente non poche volte hanno) il loro ritorno in sede di normazione che dalle stesse beneficamente si alimenta e trae spunti preziosi per il proprio rinnovamento interno: con un moto – come si vede –, a conti fatti, di mutua ricarica tra i prodotti delle pubbliche funzioni.

sa – si è ampiamente e variamente discusso, al punto che ormai è divenuta una sorta di *slogan* che sempre più stancamente si ripete e acriticamente trasmette.

Solo su un punto mi preme fermare ora nuovamente l'attenzione, a motivo del cruciale rilievo che esso riveste anche per la riflessione che si va adesso facendo; ed è che, per effetto della “supplenza” in parola, tanto più laddove posta in essere a mezzo di pronunzie (quali quelle ablativo del giudice delle leggi) valevoli *erga omnes*, viene a trovarsi in stato di palese sofferenza il principio della separazione dei poteri, con grave incisione per l'idea stessa di Costituzione, in alcune delle sue più salienti espressioni nell'esperienza.

Qui è, infatti, il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa. Le carenze degli atti di normazione, a partire dalle leggi e dagli atti a queste equiparati, e il disordine del sistema da essi composto si risolve in un *vulnus* grave a carico della Costituzione e dello Stato che da questa prende il nome, al quale risulta assai problematico porre un qualche rimedio, perlomeno fin dove risulti possibile farvi luogo.

2. Le torsioni dei ruoli istituzionali diffusamente testimoniate dagli atti di normazione, nei loro reciproci rapporti (con specifica attenzione a quelli tra leggi costituzionali e leggi comuni), la tendenza alla progressiva attrazione verso il basso delle discipline normative, fatte oggetto di prima regolazione da parte di atti di grado inferiore rispetto a quelli cui invece la stessa competerebbe, la piramide rovesciata che per effetto di queste esperienze viene di conseguenza a formarsi

La torsione dei ruoli istituzionali si rende poi visibile – come si sa –, ancora prima che al piano dei rapporti tra gli atti di normazione e gli atti giurisdizionali, a quello dei rapporti dei primi *inter se*, dei quali si hanno diffusi e ripetuti riscontri, testimoniati ad es. dai casi ormai ricorrenti di sovrapposizione dell'uno all'altro strumento di normazione, laddove ciascuno di essi dovrebbe secondo modello svolgere un ruolo suo proprio, comunque distinto da quello agli altri spettante.

Pescando a caso e limitando i richiami unicamente a quelli maggiormente eclatanti, basti solo pensare ai casi di modifiche apportate a leggi di delega da decreti-legge, alle deleghe complessivamente carenti che lasciano il campo materiale da esse coltivato nella sostanziale disponibilità dei decreti delegati o alle parimenti gravi carenze delle leggi di delegificazione e, prima e più ancora di ogni altra, alla innaturale fungibilità dei ruoli cui si è molte volte assistito al piano dei rapporti tra leggi comuni e leggi di forma costituzionale. È evidente infatti – a me pare – che alla procedura aggravata stabilita nell'art. 138 non dovrebbe farsi ricorso unicamente laddove si punti ad innovare al dettato costituzionale – ciò che non è oggetto di contestazione alcuna⁹ – ma anche per il caso che si ponga mano alla formazione di quelle “altre leggi costituzionali” di cui è parimenti parola nel disposto suddetto¹⁰.

Un fenomeno ricorrente al quale si vuol qui assegnare uno speciale significato è dato dalla

⁹ Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui la gran parte delle innovazioni alla Carta si è avuta non già battendo la via piana, alla luce del sole, tracciata dall'art. 138 bensì a mezzo di modifiche tacite del dettato alle quali hanno dato (e danno) un fattivo, considerevole (per quantità e, soprattutto, qualità) concorso proprio i giudici, a partire da quelli costituzionali. Un fenomeno, questo, fatto costantemente oggetto di monitoraggio dagli studiosi che, nondimeno, si sono dedicati più alla illustrazione dei dati emergenti dall'esperienza che all'indagine delle cause cui si deve la loro produzione.

¹⁰ Il sintagma ha alimentato – come si sa – un fitto ed animato dibattito, alcuni ritenendo ristretta la categoria alle sole leggi di forma costituzionale alle quali la Carta fa esplicito richiamo, riservando loro la disciplina di talune materie (o porzioni di materia), altri invece (ed io tra questi) essendosi dichiarati dell'idea che degli strumenti in parola debba farsi uso laddove si tratti comunque di dare la prima ed essenziale regolazione della “materia” costituzionale [per la cui messa a punto teorica, indicazioni e riferimenti possono, volendo, aversi dal 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 AA.VV., *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato, Giappichelli, Torino 2019, 299 ss., nonché in [Rivista AIC](#), 4/2017, 12 dicembre 2017], ricongiungendosi in tal modo forma e materia costituzionale, secondo quanto peraltro si preciserà ancora meglio a momenti.

innaturale sostituzione che si ha da parte di atti inferiori nei riguardi di atti sovraordinati, determinandosi pertanto una progressiva attrazione verso il basso delle discipline normative.

Così, le leggi comuni hanno preso (e prendono) il posto delle leggi costituzionali, a largo raggio e con varietà di effetti.

In primo luogo, se ne ha riscontro proprio con riguardo alla essenza della Costituzione, i diritti fondamentali. Il riconoscimento di “nuovi” diritti – come sono usualmente chiamati¹¹ – si è avuto non di rado non già a mezzo di leggi di forma costituzionale¹², ricongiungendosi pertanto armonicamente forma e materia costituzionale, bensì con atti comuni di normazione e, talvolta, in difetto di questi direttamente *ope juris prudentiae*.

In secondo luogo, il governo delle dinamiche della normazione, anche nelle loro espressioni di grado primario, si è avuto (e si ha) non già, ancora una volta, con una disciplina seppur essenziale¹³ di rango costituzionale¹⁴ ma con legge comune ed altri atti a questa equiparati¹⁵; e non si dimentichi l’aureo insegnamento kelseniano secondo cui proprio in relazione alla formazione degli atti suddetti si coglie l’essenza della Costituzione *im materiellen Sinne*.

Una conferma, poi, particolarmente attendibile della incongruità dello strumento in relazione al fine si ha in relazione alla operatività dei criteri ordinatori delle fonti, specificamente nei casi in cui la legge reputi – come si viene dicendo, a torto – di poterne disporre persino con riguardo ai rapporti

¹¹ ... seppur, a rigore, impropriamente, non facendosi luogo alla “invenzione” (nella ristretta accezione del termine) di un nuovo principio fondamentale – ciò che, secondo una risalente ed accreditata dottrina, è da considerare riservato al potere costituente e, laddove ricorra, ne testimonia l’avvento – ma alla mera esplicitazione del principio di cui all’art. 2, nel suo fare tutt’uno con il principio di eguaglianza, ulteriormente valorizzato nel suo formidabile potenziale espressivo e, dunque, portato ad ancora più avanzate ed appaganti realizzazioni (dei c.d. “nuovi” diritti si è tornati a discutere in occasione del convegno del Gruppo di Pisa su *Cos’è un diritto fondamentale?*, Cassino 10-11 giugno 2016, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; quanto, poi, specificamente alle mutue implicazioni che si hanno tra libertà ed eguaglianza, per tutti, v. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi: libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009).

¹² ... come avrebbe dovuto essere, non foss’altro che per il fatto che i nuovi diritti partecipano poi, nel vivo dell’esperienza, ad armi pari coi vecchi ad operazioni di bilanciamento che comunque comportano sacrifici anche per questi ultimi.

¹³ Quale sia poi la soglia oltre la quale la disciplina costituzionale non dovrebbe portarsi non è cosa che possa stabilirsi in astratto, con un criterio valevole per ogni caso, restando dunque demandato al prudente apprezzamento dello stesso legislatore trattarsi dallo spingersi in dettagli che ancora meglio possono essere dati con leggi comuni ed altri atti ancora che, raccordandosi alla disciplina iniziale, si volgano a darne la opportuna specificazione-attuazione. Resta, nondimeno, fermo che non si dà alcuna riserva di competenza a beneficio della legge comune nel suo rapporto con la legge costituzionale, così come invece patrocinato da un’autorevole dottrina, sia prima [C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist., Giuffrè, Milano 1964] che dopo (F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970) l’avvento della Carta repubblicana: una tesi, questa, che, seppur sorretta da fini argomenti, non è riuscita – come si sa – a farsi largo nella dottrina e giurisprudenza correnti. Ciò non toglie, ad ogni buon conto, che sarebbe palesemente irragionevole che la disciplina venuta alla luce con le procedure dell’art. 138, abdicando alla propria natura e funzione, esibisca disposti eccessivamente minuti e dettagliati, per quanto la questione ora posta, con ogni verosimiglianza, si riveli invero essere meramente teorico-astratta, non essendo realistico immaginare che la Consulta si determini a far luogo alla caducazione di una normativa costituzionale siffatta per questa sola ragione (e, forse, come l’esperienza dimostra, anche per altre ragioni, dal momento che annullamenti di leggi costituzionali, al di fuori della nota e peculiare vicenda dello statuto siciliano, non si conoscono, la Consulta trattenendosi dal farvi luogo e preferendo piuttosto – come si faceva poc’anzi notare – battere la via, assai più comoda e piana, delle modifiche tacite per via d’interpretazione, secondo quanto ha emblematicamente testimoniato l’ormai imponente mole delle pronunzie riguardanti il nuovo Titolo V).

¹⁴ ... secondo quanto a mia opinione sarebbe stato necessario [mi sono sforzato di argomentare questa tesi in più scritti, tra i quali *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, in *Pol. dir.*, 1987, 175 ss.].

¹⁵ ... atti che, poi, si faccia caso, hanno preteso di mettere ordine anche a dinamiche della normazione di rango... *costituzionale*: come se fosse mai possibile immaginare che la seconda potesse soggiacere a prescrizioni dei primi (numerose, infatti, come si sa, le disposizioni sulla produzione giuridica di rango superprimario contenute in leggi comuni e in altre fonti ancora: un solo esempio per tutti, con riguardo alle regole su promulgazione e pubblicazione delle leggi di forma costituzionale contenute nella legge n. 352 del 1970. Di qui la conseguenza paradossale che dovrebbe predicarsi l’invalidità per vizi di forma di legge costituzionale venuta alla luce in disprezzo dei canoni in parola risultanti da legge comune).

che essa intrattiene sia con altre fonti sia con... *se stessa*. Così, ad es., laddove ingenuamente reputi di poter porre vincoli a carico del legislatore futuro, ad es. per ciò che attiene al modo con cui far luogo all'abrogazione ed a modifiche in genere di leggi anteriori, "prescrivendosi" spesso che le novità in parola possano aversi unicamente *nominatim*: una prescrizione che, in realtà – e l'esperienza ne dà ripetute ed inconfutabili riprove –, si converte e risolve in un mero *desiderio* o *consiglio* privo della capacità di imporsi e farsi valere.

Insomma, in un caso e nell'altro, sia che si guardi all'essenza della Costituzione da una prospettiva assiologico-sostanziale e sia pure che si adotti una prospettiva di ordine formale-procedimentale, vistoso e diffuso appare lo scarto tra forma e materia costituzionale, il "declassamento" – se così vogliamo chiamarlo – subito dalla seconda a motivo del fatto che gli atti che ne fanno oggetto di disciplina non sono rivestiti della forma loro propria.

Di questa esperienza, peraltro, non si ha riscontro unicamente al piano dei rapporti tra le leggi dell'una e dell'altra natura e forma, trattandosi – come si viene dicendo – di una generale tendenza che attraversa e pervade tutti i gradi della scala gerarchica.

Basti solo pensare a quell'autentica *fictio* alla quale ci si è trovati costretti a fare ricorso al fine di trovare una qualche giustificazione al fenomeno della delegificazione, il più delle volte (per non dire sempre...) risultante da una disciplina legislativa gravemente, vistosamente carente e talora, a conti fatti, in tutto assente, posta in essere unicamente perché non se ne può fare comunque a meno, nel mentre la nuova regolazione della materia resta – come si sa – demandata ai regolamenti del Governo che, poi, a loro volta, talora fanno luogo ad ulteriori rinvii ad altri atti ad essi subordinati.

Il vero è che – come si è già fatto da tempo notare – la delegificazione non può farsi rientrare nella cornice costituzionale così com'è ad oggi fatta, ogni tentativo posto in essere per darvi una qualche giustificazione avendo mancato l'obiettivo preso di mira¹⁶, a conferma dunque del fatto che solo una nuova disciplina di rango costituzionale potrebbe giovare allo scopo¹⁷.

Non si trascuri, poi, il fenomeno sicuramente non poco consistente, per quanto risulti, una volta di più, assai arduo (e, forse, praticamente impossibile) stabilirne il giusto peso, che è dato da discipline normative – ché di questo invero si tratta, per quanto la teoria tardi ad averne consapevolezza o, come che sia, a darne il riconoscimento – poste in essere a mezzo di atti (apparentemente) dotati di mera efficacia interna, quali le circolari, venuti alla luce allo scopo di esplicitare o attuare disposti di legge, regolamenti ecc., che però fanno luogo a sostanziali modifiche delle fonti in parola, seppur alle volte abilmente mascherate. Un ruolo, questo esercitato dagli atti in discorso, di straordinario rilievo nella pratica giuridica d'ogni giorno ma assai poco o nient'affatto appariscente ed apprezzabile, proprio

¹⁶ È stato così per la tesi, che pure ha goduto dell'avallo di un'accreditata dottrina ed è stata quindi fatta propria – come si sa – dalla legge 400 dell'88, volta ad imputare alla legge di delegificazione l'effetto abrogativo ed innovativo in genere nei riguardi della disciplina preesistente, dal momento che porta fatalmente all'esito di fare dei regolamenti delegati degli atti privi di effetto; ed è così – convengo – anche per la tesi da me patrocinata [in "*Fluidità*" dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi d'inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione), in AA.VV., *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Cocozza e S. Staiano, Giappichelli, Torino 2001, 777 ss., e pure *ivi*, la mia *Relazione di sintesi dei lavori dell'atelier sulla delegificazione*, 929 ss., nonché *A proposito di deleghe, delegificazioni (ed altro) e dei possibili rimedi volti a porre ordine nel sistema delle fonti*, in AA.VV., *Le deleghe legislative: riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, a cura di P. Caretti e mia, Giuffrè, Milano 2003, 1 ss.] che, per dir così, "spalma" o distribuisce l'effetto ablativo tra la legge e il regolamento, ciascun atto per la sua parte concorrendo alla produzione dello stesso, rimanendo comunque insuperato l'ostacolo opposto da un'autorevole dottrina (V. Crisafulli), secondo cui nessuna fonte può istituire fonti concorrenziali rispetto a se medesima o – il che è praticamente lo stesso – abilitare altra fonte a derogare ad atti della sua stessa forma (e forza).

¹⁷ Altra questione è, poi, quella relativa alla opportunità di introdurre talune novità di ordine procedimentale, specie a finalità di garanzia nei riguardi della volontà parlamentare espressa nella legge di delegificazione (della qual cosa, ad ogni buon conto, non può qui discorrersi con il dovuto approfondimento). Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui la Carta costituzionale ha, sì, dato modo al Governo di far luogo ad atti di forza primaria ma sottoponendoli pur sempre al controllo, preventivo ovvero successivo, delle Camere. La legge di delegificazione potrebbe, dunque, assolvere ad una funzione analoga a quella svolta dalle leggi di delega, sempre che però se ne determinino nella stessa Carta, allo scopo opportunamente novellata, i contenuti qualificanti.

perché svolgentesi lungo canali sotterranei e non trasparenti.

Insomma, un'autentica *piramide rovesciata* è quella che risulta composta ed incessantemente rinnovata nell'esperienza dagli atti della produzione giuridica, che comporta – come si vede – uno stravolgimento del modello, sol che si ponga mente al fatto che una porzione consistente – si badi: *per qualità e non solo per quantità* – della produzione stessa, *pur laddove abbia ad oggetto beni di rilievo costituzionale*, risulta da atti ignorati dalla Carta o, come che sia, da questa non considerati di rango primario, nel mentre quelli da essa previsti da se medesimi si degradano e distorcono nella natura e funzione loro tipica e qualificante, disponendosi assai spesso a far luogo, irragionevolmente, a discipline fin troppo minute e dettagliate, la cui posizione invece competerebbe ad atti inferiori. Discipline che poi appaiono già a prima vista inadeguate a dar voce ai valori fondamentali della Carta e, perciò, a concorrere alla realizzazione del grandioso ed ambizioso disegno in essa tracciato di profonda trasformazione sociale, che ha la sua sintesi maggiormente espressiva nell'art. 3, II c., nel suo fare “sistema” con l'art. 2 e con i valori restanti¹⁸, che imprime una spinta vigorosa all'azione dei pubblici poteri (e, specificamente, del legislatore) volta a dare finalmente ristoro alle persone maggiormente deboli e vulnerabili, le più bisognose, a quanti insomma non sono effettivamente eguali nel godimento dei diritti fondamentali rispetto ad altri più fortunati ed avvantaggiati.

L'immagine della piramide rovesciata, che – come si è veduto, seppure in modo largamente approssimativo e sintetico – ha risalenti ascendenze e si alimenta da radici profonde e diffuse per l'intero ordinamento, trova poi la sua più marcata ed esasperata rappresentazione in occasione di emergenze, quale quella sanitaria in atto, provviste di un non corto respiro temporale, di capacità onnipervasiva e gravemente incisiva nei riguardi della stessa struttura portante della società e dell'ordinamento. L'emergenza da Covid-19 infatti – per ciò che è di più diretto interesse per l'esame che di qui a momenti si farà – si presenta attraversata da un moto interno incessante, foriero di mutamenti continui della situazione di fatto, come tali bisognosi di parimenti continui aggiustamenti nella disciplina man mano prodotta al fine di farvi fronte.

3. Lo spinoso, anomalo bilanciamento tra il valore della salute e della vita delle persone e le ragioni di una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta, l'inadeguatezza del decreto-legge a far fronte alle emergenze del tempo straordinario, quale quella sanitaria in atto, il bisogno di un complessivo, critico ripensamento del quadro delle fonti, con conseguente aggiornamento della

¹⁸ Una particolare considerazione va al riguardo riservata al disposto dell'art. 5, ove si convenga che il riconoscimento dell'autonomia (anzi, *delle autonomie*, nelle loro plurime forme espressive) ha la sua *ratio* qualificante nel porsi in funzione servente nei riguardi dei diritti fondamentali che proprio grazie ad esso possono, secondo modello, averne non poco guadagno. È pur vero, tuttavia, che qui pure si registra uno scarto vistoso tra il disegno e l'esperienza, specie di quella maturata in alcune Regioni dove non si è fatto congruo utilizzo delle competenze ad esse dalla Carta assegnate a beneficio dei diritti stessi. La qual cosa, nondimeno, non toglie che alcune realizzazioni si siano ugualmente avute, secondo quanto risulta documentato da alcune indagini accurate, quale quella su *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014.

Ad ogni buon conto, l'osservazione congiunta dei principi fondamentali, nel loro farsi diritto vivente, rende inconfutabile conferma che essi unicamente nel loro fare tutt'uno possono essere colti nella loro essenza ed apprezzati come si conviene. E così, l'unità-indivisibilità dell'ordinamento come si è fatto in altri luoghi notare, si preserva e trasmette non soltanto parando il rischio di una dissennata dispersione della integrità del territorio della Repubblica, quale quella minacciata in un tempo che per fortuna sembra essere ormai lontano anni-luce da una nota formazione politica inizialmente affermatasi con lo *slogan* “la Padania se ne va” ed oggi per la legge del contrappasso votatasi alla causa di un nazionalismo esasperato ed ingenuo, ma anche assicurando identità di diritti fondamentali e doveri inderogabili in capo ai membri della comunità organizzata ovunque risultino stanziati, a Trapani come a Ventimiglia. In altri termini, nella struttura stessa del principio fondamentale di cui all'art. 5 si immettono i principi di cui agli artt. 2 e 3, così come – si è sopra veduto – questi ultimi risultano promossi e sorretti dal primo [su tutto ciò raggugli, volendo, nei miei *Il valore di “unità-autonomia” quale fondamento e limite dei giudizi in via d'azione e della “specializzazione” dell'autonomia regionale (prime notazioni)*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2020, 28 settembre 2020, 100 ss., e *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell'emergenza*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, 18 ottobre 2020, 132 ss.].

Carta che tenga conto delle emergenze in parola

Le notazioni da ultimo svolte danno subito l'idea del fatto che verosimilmente non avrebbe potuto farsi – perlomeno con gli strumenti di cui in atto si dispone – nulla di diverso di ciò che si è fatto al fine di arginare fin dove possibile lo tsunami travolgente della pandemia¹⁹. Un esito obbligato, dunque, frutto di uno spinoso, anomalo bilanciamento tra il valore fondamentale della salute e della vita delle persone ed altri beni costituzionalmente protetti, a partire da quello del mantenimento dei conti pubblici e della tenuta del sistema economico-produttivo. Tutto ciò, nondimeno, attiene al merito delle misure straordinarie adottate ed al tempo della loro permanenza in vigore: una verifica, questa, secondo ragionevolezza²⁰, che richiederebbe analisi complesse ed approfondite delle quali è, di tutta evidenza, altra la sede, restando riservato il ristretto spazio di cui ora si dispone alla sola questione concernente le forme di cui le misure stesse si rivestono. Una questione che obbliga a riconsiderare taluni punti di approdo della teoria delle fonti (e, segnatamente, di una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta, qual è quella in cui – come si sa – si riconosce la dottrina corrente) alla luce del peculiare contesto in cui s'inscrivono le misure suddette ed al quale esse fanno appello a giustificazione della loro messa in atto. Accreditati studiosi hanno – come si sa – deplorato l'uso improprio degli strumenti di normazione messi in campo per regolare le dinamiche sociali nel tempo dell'emergenza²¹, a partire dai decreti del Presidente del Consiglio²² e, a seguire, dalle ordinanze dei

¹⁹ La questione è stata posta in termini crudi ma con molta chiarezza da G. AZZARITI che, riferendosi alle pratiche di normazione poste in essere per far fronte alla pandemia, ha così efficacemente sintetizzato un pensiero da molti condiviso: “È una prassi conforme a quanto la Costituzione ha stabilito? Direi di no. Sono atti illegittimi? Anche in questo caso darei una risposta negativa. È l'autoassunzione di un potere *extra ordinem* che si legittima per via di necessità” [*Il diritto costituzionale d'eccezione*, Editoriale in [Costituzionalismo.it](#), 1/2020, 31 marzo 2020, III]. Molti autori [tra i quali, A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in [Diritti Regionali](#), 1/2020, 4 aprile 2020, 518 ss.] hanno, con varietà di accenti ed argomenti, fatto richiamo al principio di ragionevolezza quale fondamento e limite delle misure adottate per far fronte all'emergenza; al rispetto del principio di precauzione hanno poi fatto riferimento L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 1/2020, 71 ss., e F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in [Federalismi.it](#), 32/2020, 18 novembre 2020, 183 ss.

²⁰ ... nella sua peculiare forma espressiva, quale congruità della norma al “fatto”, alla luce dei valori. Si ha qui lampante riprova del moto interno incessante che attraversa e connota il *sistema delle norme* (non già – come, invece, comunemente si ritiene – *delle fonti*), l'ordine che tra le stesse si intrattiene, la qualifica della loro validità facendo pertanto di necessità capo ad un parametro che – come si è tentato in altri luoghi di mostrare (tra i quali, il mio *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le “metamorfosi” dei criteri ordinatori delle fonti*, Giappichelli, Torino 1994) – è fattuale ed assiologico allo stesso tempo, dal momento che la stessa Carta fa naturalmente rimando al contesto al fine della verifica della idoneità degli strumenti adottati e dei contenuti di cui gli stessi si dotino a dare appagamento ai bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti dal corpo sociale, specie appunto in situazioni di emergenza.

²¹ Sull'uso fattosi degli strumenti di normazione notazioni di vario segno sono state espresse da numerosi studiosi [riferimenti nel mio *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: simul stabunt vel simul cadent*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 3/2020, 15 novembre 2020, 31 s., in nt. 51; *adde*: E. AFFANNATO, *Le ordinanze sindacali di necessità e urgenza al ricorrere di emergenze di carattere nazionale: il caso dello Stretto di Messina*, in [Osservatorio Costituzionale](#), 5/2020, 1 settembre 2020, 68 ss.; i contributi che sono nel fasc. monografico 2/2020 di [Questione Giustizia](#) su *Il diritto nell'emergenza*, settembre 2020 (ed *ivi* part. M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, 11 ss.), e, in prospettiva comparata, AA.VV., *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, a cura di R. Tarchi, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), Quad. 1/2020, 9 settembre 2020. Infine, i contributi al Seminario AIC del 4 dicembre 2020 su *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*].

²² Di un “ruolo egemone” nella circostanza esercitato dall'organo ha discorso F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2020, 20 aprile 2020, spec. 139; non si trascuri, nondimeno, la circostanza per cui i contenuti più salienti dei decreti in parola sono concordati dal Presidente del Consiglio con i *partners* della coalizione. La sottolineatura del ruolo degli organi monocratici in genere è, peraltro, diffusamente rilevata [tra gli altri, F. MUSELLA, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in [Diritti Regionali](#), 2/2020, 30 giugno 2020, 108 ss.].

Sta di fatto, tuttavia, che, pur laddove in occasione dell'adozione degli atti in discorso si abbia – come, in effetti, sembra esservi – un coinvolgimento di altre figure soggettive ed esponenti delle forze politiche, ugualmente essi *quoad*

Presidenti delle Regioni e dei Sindaci²³, specie per il duplice aspetto della osservanza delle riserve di legge stabilite nella Carta con riguardo alle limitazioni dei diritti costituzionali²⁴ e del marcato “riaccentramento” della disciplina della salute a discapito dell’autonomia regionale, senza peraltro essere stato compensato da un congruo ricorso al canone della leale cooperazione²⁵. I decreti-legge, in breve, per la tesi più rigorosa, avrebbero dovuto fare tutto da soli (quanto meno con riguardo alla

formam sono imputati agli organi abilitati alla loro produzione. La qual cosa non è, comunque, priva di rilievo a plurimi pianti di esperienza giuridica.

²³ Con specifico riguardo alle ordinanze dei Sindaci, per una messa a punto dei confini oltre i quali esse non possono spingersi, v. part. N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei Sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in *Diritti Regionali*, 2/2020, 10 giugno 2020, 68 ss.

²⁴ V., tra gli altri e variamente, I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del COVID-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020, e, della stessa, ora, l'intervento al nostro Seminario, cit.; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti Regionali*, 1/2020, 30 marzo 2020, 506 ss.; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 31 marzo 2020, 77 ss.; F. TORRE, *Il (carattere bidirezionale del) principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da coronavirus*, in *Diritti Regionali*, 1/2020, 22 aprile 2020, 618 ss., spec. 626 ss.; nella stessa *Rivista*, R. CHERCHI - A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, 23 aprile 2020, 648 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2020, 361 ss.; notazioni di vario segno, inoltre, nei contributi al forum su *Le libertà al tempo del distanziamento sociale* (con intervento introduttivo di G.L. CONTI, *Le libertà al tempo del Coronavirus, alcune premesse*, 240 ss.), in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2020, 23 luglio 2020; nella stessa *Rivista*, v. anche il forum su *Emergenza Covid e organi costituzionali* (con intervento introduttivo di A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, 321 ss.), 2/2020, 10 agosto 2020; R. CARIDÀ, *La tenuta istituzionale del Parlamento tra COVID-19 e referendum*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2020, 10 novembre 2020, 123 ss., e V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria: un'analisi in chiave giuridico-positiva dell'esperienza...*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, 12 novembre 2020, 410 ss., spec. 419 s.; AA.VV., *Dialoghi in emergenza*, a cura di F. Niola e M. Tuozzo, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, Special issue, 1/2020, 95 ss. Allo stesso R. si deve – come si sa – un accurato studio monografico su *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna 2020.

²⁵ Variamente sul punto, tra gli altri, v. C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Diritti Comparati*, 2/2020, 24 aprile 2020, 45 ss.; M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/2020, 28 aprile 2020, spec. 196 ss.; F. TORRE, *Il (carattere bidirezionale del) principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da coronavirus*, cit., 634 ss.; A. ROMANO, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, e, pure *ivi*, V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 11 giugno 2020, 531 ss.; nella stessa *Rivista*, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, 558 ss.; i contributi al forum su *L'emergenza e i rapporti tra lo Stato e le Regioni* (con intervento introduttivo di E. CATELANI, *Il rapporto tra Stato e Regioni al tempo del Coronavirus: una premessa*, 3 ss.), in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 23 luglio 2020; G. DI COSIMO - G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, 183 ss.; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. pubbl.*, 2/2020, 333 ss.; F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *Federalismi.it*, 26/2020, 23 settembre 2020, 67 ss., spec. 88 ss.; AA.VV., *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), fasc. spec. 2020; G. DELLEDONNE - C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *Le Regioni*, 4/2020, 753 ss. Di una “nazionalizzazione” dell'emergenza hanno poi discusso G. SCACCIA e C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2020, 4 agosto 2020, 108 ss., spec. 116 ss., ma v. la diversa lettura che ne dà M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, cit., spec. 16 ss., a cui opinione il Governo, lungi dal “conculcarle”, avrebbe piuttosto “conferito ulteriore base legale alle autonomie”. E, ancora, L. BUSCEMA, *La "democrazia imperfetta". Alla ricerca di una disciplina (costituzionale) dell'emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, 29 ottobre 2020, 246 ss., e, pure *ivi*, V. FANTI, *Al tempo dell'emergenza non si può ritornare all'autoritarismo di Oreste Ranalletti*, 264 ss., e A. PROZZO, *Il principio di leale collaborazione quale "bussola" nell'emergenza*, in *Diritti Regionali*, 3/2020, 8 novembre 2020, 347 ss., nonché, da ultimo, i contributi al Seminario AIC su *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, cit.

disciplina di materie coperte da riserva assoluta di legge), dal momento che essi (e solo essi) sono gli strumenti previsti in Costituzione per i “casi straordinari di necessità e di urgenza”, mentre per una più temperata ricostruzione sarebbe comunque richiesta un’adeguata preconstituzione con legge o fonte ad essa equiparata della disciplina normativa quindi apprestata dagli atti sublegislativi, senza peraltro che sia chiaro come “pesare” a modo la consistenza o, diciamo pure, la sufficienza della regolazione di base venuta da fonti di primo grado (e, segnatamente, dai decreti-legge)²⁶. Ancora bisognoso di ulteriore chiarificazione è, poi, il rapporto che s’intrattiene tra la regolazione apprestata dal Governo e quella adottata in sede locale, in specie per l’aspetto delle diverse procedure previste, rispettivamente, quanto all’inasprimento ovvero all’alleggerimento della disciplina varata dal Governo stesso²⁷, a prima vista speculari. E ciò, tanto più se si considera che, ove si fosse prefigurato anche per il primo caso un modulo pattizio, non sarebbe stata disagevole la sua messa in atto in tempi assai contenuti²⁸.

Si aggiunge, inoltre, da parte di un’accreditata dottrina che neppure in prospettiva *de iure condendo* si avvertirebbe il bisogno di apportare alcuna modifica all’assetto stabilito nella Carta in relazione alla gestione delle emergenze in genere, dal momento che i decreti-legge possono valere per *ognuna* di esse, quale che ne sia la gravità, la durata, la portata degli effetti²⁹.

Non posso tacere di comprendere le ragioni addotte da questa dottrina e di apprezzare l’*animus* che ne pervade ed alimenta la ricostruzione; e, tuttavia, non mi pare che l’argomentazione risulti per ciò solo in tutto persuasiva. È chiaro che a base della tesi patrocinata da questi studiosi c’è il bisogno di preservare integro il patrimonio delle garanzie apprestate dalla Carta con riguardo ad alcune delle più salienti e significative espressioni della normazione. L’adozione dei decreti-legge è infatti circondata – come si sa – da plurime garanzie, a partire dal controllo interno di tipo squisitamente politico che prende forma in occasione dei deliberati del Consiglio dei ministri³⁰ e poi a seguire dal controllo del Capo dello Stato, del quale per vero non si è mai ben compreso né quale sia il piano al quale si svolge né quali i modi con cui può essere fatto valere, a riguardo dei quali la Carta rimane in tutto silente, un controllo idoneo a manifestarsi già in sede di emanazione³¹ e quindi al momento

²⁶ Un apprezzamento, questo, che, a conti fatti, rimanda – come si diceva poc’anzi – al metro della ragionevolezza, nella sua forma peculiare della congruità delle norme alla situazione di fatto, secondo valore.

²⁷ Non è, peraltro, sicuro cosa esattamente significhino i termini suddetti, in particolare il primo, se cioè si riferisca unicamente – come, invero, *secundum verba* parrebbe – ad un aggravamento di restrizioni già in tutto e per tutto determinate dagli atti del Governo ovvero se possa riguardare altresì la previsione di misure diverse da quelle dal primo stabilite.

²⁸ Poniamo il caso che, a fronte della previsione della chiusura dei ristoranti o di altri esercizi alle ore 18.00, in ragione delle peculiari condizioni di cui si abbia riscontro nei territori regionali, una ordinanza locale abbassi di quattro ore l’orario suddetto ed un’altra invece lo innalzi dello stesso lasso temporale. È chiaro che condizione della validità delle misure (*sub specie* della loro conformità a ragionevolezza) è un equilibrato bilanciamento tra il bene primario della vita e della salute delle persone residenti nei luoghi suddetti ed altri beni costituzionalmente protetti, avuto specifico riguardo al bisogno di preservare la sopravvivenza di attività produttive soffocate dalla pandemia. Ed è allora da chiedersi – come si accenna nel testo – se la differenziazione sotto profili di non secondario rilievo delle procedure che presiedono all’adozione delle misure suddette risponda a pieno al fine di un’adeguata messa in atto del bilanciamento stesso.

²⁹ Così, per tutti, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in [UniCost](#), 4 aprile 2020; G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in AA.VV., *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, a cura della stessa G. De Minico e M. Villone, Genova, 2020, 21 ss ([e-book](#)); M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in [Questione Giustizia](#), 2/2020, 10.

³⁰ Discusso è il modo con cui l’organo assume le proprie decisioni e, in genere, quali siano le regole e le regolarità che presiedono allo svolgimento delle dinamiche interne. Sembra, nondimeno, provato che l’organo stesso, a motivo della peculiare composizione, naturalmente si sottragga – secondo modello come pure (e soprattutto) secondo esperienza – al governo in base ai canoni che tipicamente si applicano agli organi collegiali [v., ora, riconsiderata la questione da A. SAIITA, *Evoluzione strutturale del Consiglio dei ministri e le più recenti prassi. Rileggendo “Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana” di Antonio Ruggeri*, in [Dirittifondamentali.it](#), 3/2020, 16 novembre 2020, 433 ss.].

³¹ Non si dimentichi che, a differenza di ciò che si ha in occasione della formazione delle leggi, passibili – com’è noto – di rinvio da parte del Presidente della Repubblica, nulla si dice nella Carta in merito ai controlli in sede di formazione degli atti del Governo in genere. Se dovessimo qui pure fare applicazione del canone secondo cui la competenza si ha unicamente laddove vi sia una norma che la prevede e disciplina, sarebbe giocoforza concludere nel senso che nessun controllo (*sub specie* di rinvio con richiesta di riesame) possa aversi prima della emanazione degli atti stessi, restando

dell'autorizzazione alla presentazione del disegno di legge di conversione, e, ancora, da quello delle Camere e, infine, il sempre possibile sindacato della Consulta, ove chiamata a pronunciarsi sia sull'atto governativo sia su quello parlamentare.

Ora, dico subito, a scampo di ogni possibile fraintendimento del mio pensiero, di condividere appieno il bisogno avvertito dalla dottrina suddetta, che tuttavia a mia opinione richiede di essere per altra via appagato. E, invero, come si è fatto altrove notare³², il decreto-legge è strumento non in tutto adeguato a far fronte al tipo di emergenza che ancora al presente ci affligge ed inquieta; se ne ha, sì, la necessità, se non altro al fine di delimitare pur sempre, *in qualche modo*, i poteri di normazione del Presidente del Consiglio, dei Ministri e degli operatori istituzionali in sede locale, che nondimeno risultano naturalmente portati ad emergere in contesti nei quali si richiede l'adozione in tempi ristretti o ristrettissimi di decisioni gravide di valenza politica. E, tuttavia, una emergenza, quale quella sanitaria, che dura a lungo nel tempo e cambia, in non secondaria misura, connotati di continuo sfugge naturalmente al controllo o, diciamo pure, al governo da parte dello strumento disciplinato dall'art. 77 della Carta. Quest'ultimo, infatti, è stato pensato per emergenze dotate di una sia pur relativa stabilità, nel senso della attitudine a presentarsi con caratteri immutati perlomeno per sessanta giorni (e, verosimilmente, anche oltre): il tempo concesso – com'è noto – alle Camere al fine della loro eventuale conversione in legge. L'emergenza sanitaria, però, reclama, come si diceva, aggiustamenti continui della disciplina volta a farvi fronte, quali possono aversi unicamente a mezzo di atti di organi monocratici, a partire appunto dai decreti del Presidente del Consiglio. Immaginare che ogni due settimane si debba varare un nuovo decreto-legge modificativo di altro anteriore³³ equivale a creare un intasamento presso le Camere, anzi a svuotare il ruolo di queste ultime di controllo dell'operato del Governo, dal momento che l'esame di un decreto nel frattempo innovato perderebbe gran parte del proprio significato.

Il Parlamento-tartaruga non riuscirebbe mai a raggiungere ed a superare il Governo-Achille.

Questa, in breve, la ragione di fondo che sento qui nuovamente di dover rappresentare a sostegno della tesi favorevole al ricorso agli strumenti di normazione utilizzati per combattere la pandemia. La qual cosa, beninteso, non significa né che io ne condivida in tutto e per tutto i contenuti, a riguardo dei quali nutro anzi non poche e pesanti riserve, né che consideri adeguatamente assolto il compito da parte dei decreti-legge sui quali gli strumenti stessi si sono appoggiati (e si appoggiano).

Rimane, ad ogni buon conto, irrisolta la questione cruciale riguardante le garanzie delle quali non è possibile, in alcun caso, fare a meno, pure dunque nel tempo di un'emergenza di tale portata qual è quella in corso. Per quanto sia fermamente convinto che il Governo in carica e i suoi componenti (a partire dal Presidente del Consiglio) non indulga a tentazioni autoritarie, l'ordinamento democratico non può comunque correre alcun rischio, se è vero – com'è vero – che le regole, quelle presenti come pure quelle che verranno, hanno da essere invariante rispetto agli uomini chiamati ad avvalersene ovvero a farle rispettare. È con questo convincimento, nel quale sempre di più mi radico e confermo, che ho altrove affacciato la tesi, alla quale ora faccio nuovamente richiamo, secondo cui in situazioni di emergenza quale quella in atto è giocoforza ricorrere agli strumenti oggi adottati che tuttavia richiedono di essere circondati di ulteriori garanzie, in aggiunta ai controlli che sugli stessi usualmente si hanno (specie in sede giurisdizionale), garanzie facenti capo alla massima magistratura del Paese,

nondimeno sempre possibile il diniego di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge di conversione per i decreti-legge. Sappiamo tuttavia che questa rigorosa lettura non si è affermata nell'esperienza, nella quale si sono avuti non pochi casi di atti restituiti al Governo per un supplemento di valutazione, perlopiù peraltro in modo discreto e assai poco o nient'affatto appariscente; e questa prassi ha goduto – come pure è noto – dell'avallo della più accreditata dottrina.

³² Raguagli sulla tesi ora evocata nel testo possono, se si vuole, aversi dal mio *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in AA.VV., *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, cit., 196 ss. Cfr., inoltre, sul punto di cruciale rilievo L. DELL'ATTI - G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in [BioLaw Journal](#), 11 marzo 2020, e M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020.

³³ ... come si è avuto nella circostanza fatto oggetto di commento da M. PANDOLFELLI, *Abrogazione di disposizioni di un decreto-legge ad opera di altro decreto-legge: l'incertezza e i problemi derivanti dall'emergenza*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4/2020, 1 dicembre 2020, 302 ss.

il Capo dello Stato, al cui vaglio i decreti del Presidente del Consiglio e dei Ministri dovrebbero essere sottoposti prima di essere varati. Una soluzione – com'è chiaro – praticabile solo innovando alla Carta, nel quadro peraltro di una complessiva messa a punto del regime concernente il governo dell'emergenza.

La dottrina sopra richiamata, coerentemente con la ricostruzione teorica nella quale si riconosce, esclude – come si segnalava poc'anzi – che vi sia il bisogno di una disciplina costituzionale dell'emergenza³⁴. A mio modo di vedere, di contro, occorre distinguere emergenza da emergenza, a quelle che ho altrove chiamato del *tempo ordinario* potendosi applicare pianamente il modello risultante dall'art. 77, mentre per quelle del *tempo straordinario*, in cui potrebbe trovarsi a rischio la stessa tenuta delle istituzioni repubblicane e del tessuto sociale sottostante, rimane vistosa una lacuna che necessita di essere urgentemente colmata e che – è appena il caso qui di notare – sollecita a far luogo a regole peculiari, specie per ciò che attiene a forme e modi della “leale cooperazione” centro-periferia. Una disciplina dell'emergenza che, poi, dovrebbe iscriversi in un più ampio disegno di riordino complessivo del sistema delle fonti, al quale già da tempo – come si è segnalato altrove – avrebbe dovuto porsi mano³⁵ e che dovrebbe riguardare gli strumenti in atto esistenti o altri che si dovessero giudicare meritevoli di essere introdotti, i criteri ordinatori, i controlli e quant'altro insomma concorre a dare il governo delle dinamiche della normazione ed a farne il regime complessivo.

Volendo, poi, fare ricorso al consueto meccanismo del “declassamento” della disciplina, la Carta revisionata potrebbe limitarsi a porre unicamente alcune indicazioni essenziali, rimandando quindi per i suoi opportuni svolgimenti ad un nuovo tipo di fonte, essa pure nondimeno bisognosa di venire alla luce con procedura aggravata e per quanto possibile partecipata³⁶ (sulla falsariga – per intenderci – del modello delle leggi organiche, come si sa già sperimentato in altri ordinamenti³⁷), cui resterebbe demandata la disciplina di alcune dinamiche della normazione di particolare rilievo, tra le quali proprio quelle facenti capo al regime dell'emergenza che, in tal modo, avrebbe una sua regolazione di base in Costituzione e i suoi ulteriori e più immediati sviluppi nella nuova fonte in parola, alla quale dovrebbero quindi far seguito ulteriori novità introdotte con fonti diverse³⁸.

Non è ora possibile, per l'economia della trattazione che si va facendo, indugiare in ulteriori precisazioni che richiederebbero uno studio ad esse specificamente dedicato, non poco esteso ed

³⁴ A quest'esito perviene, poi, altra dottrina [F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 1/2020, 61 ss., del quale v. pure *Il (carattere bidirezionale del) principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da coronavirus*, cit., spec. 638 ss.; cfr., inoltre, A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Mucchi, Modena 2020, 60 s.], nell'assunto che possa farsi utilmente ricorso anche per emergenze quale quella in atto al disposto di cui all'art. 78 Cost.: una tesi che però – come si è tentato di mostrare altrove [nel mio [Il coronavirus, la sofferita tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in questa [Rivista](#), 2020/I, 203 ss., spec. 207 s.] – non persuade per plurime ragioni (si è soffermato sul punto anche E.C. RAFFIOTTA nel suo intervento al nostro Seminario).

³⁵ Sull'onda dell'emergenza sanitaria in atto di questo bisogno si sono mostrati avvertiti più d'uno [tra gli altri, F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 7 aprile 2020, part. 46].

³⁶ Raccomando particolarmente un'apertura delle Camere in sede di approvazione delle leggi in parola a formazioni sociali ed istituzioni ad esse estranee, ad ulteriore garanzia della più larga adesione delle espressioni della società e del pluralismo istituzionale alla formazione delle norme sulla normazione.

³⁷ In tema, da ultimo, R. MICCICHÈ, *Contributo alla teoria della legge organica. L'«organicità» come caratteristica delle scelte bipartisan delle assemblee politiche: dall'attuazione del Fiscal compact al regionalismo differenziato*, in [Diritti Regionali](#), 3/2020, 6 dicembre 2020, 384 ss.

³⁸ Si pensi solo all'aggiornamento cui dovrà porsi mano nei regolamenti camerale, in seno ai quali dovrebbe introdursi un capitolo ad oggi mancante relativo al diritto parlamentare delle emergenze del tempo straordinario. È di tutta evidenza che queste ultime non potranno essere fronteggiate unicamente con leggi venute alla luce con le procedure loro proprie, dal momento che, se si ha a cuore il recupero di un ruolo non meramente nominale o di facciata delle assemblee elettive, dovrà pensarsi a procedure estremamente semplificate per la formazione degli atti normativi di produzione parlamentari (siano le leggi e siano pure nuovi atti inventati allo scopo). Un esito, questo, che, *mutatis mutandis*, di cui si dovrà avere riscontro anche in ambito regionale e locale in genere, laddove ugualmente si avverte il bisogno di una complessiva rivitalizzazione del ruolo delle assemblee elettive.

approfondito.

Due punti nondimeno meritano di essere ulteriormente rimarcati, sui quali in chiusura dello studio mi permetto di invitare a fermare particolarmente l'attenzione.

Quanto al primo, la migliore riprova della inadeguatezza della legge e delle fonti in genere di grado primario a mettere ordine nelle dinamiche della normazione è data dallo spettacolo assai poco edificante cui hanno dato (e seguitano a dare) vita gli operatori istituzionali, sordi ai ripetuti appelli del Capo dello Stato alla massima concordia di intenti e di azioni, facendo luogo ad una serie ad oggi ininterrotta di controversie circa la delimitazione delle rispettive sfere di competenza³⁹, con grave disorientamento per una comunità duramente provata dalla diffusione della pandemia e solo in parte da ultimo rasserenata dalla notizia della imminente diffusione dei vaccini, comunque ad oggi giustamente, fortemente preoccupata circa i prossimi sviluppi del quadro complessivo⁴⁰.

Quanto al secondo, poi, l'alluvione di decreti del Presidente del Consiglio e degli altri atti prodotti da organi monocratici ci consegna una immagine della piramide rovesciata – come qui si è ritenuta di doverla chiamare – ingigantita dal Covid e viepiù messa in evidenza nelle sue linee portanti. I decreti in parola, infatti, a stare alle indicazioni delle preleggi, ad oggi considerate per questa parte vigenti, sono fonti di terzo grado per l'aspetto sostanziale-contenutistico⁴¹, in quanto subordinati ai regolamenti governativi; e le ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci sono dagli stessi decreti qualificate come ad essi subordinate, disponendosi dunque in un gradino ancora più basso. Ebbene, le fonti in discorso non soltanto esprimono in concreto forza primaria, potendo derogare a disposti di legge, ma – di più – hanno dimostrato di incidere su previsioni costituzionali; e di farlo non già con riguardo a singoli disposti relativi a diritti fondamentali – la qual cosa è, comunque, di singolare gravità – bensì in relazione ad un insieme corposo di diritti, tutti assieme e in un sol colpo sottoposti a rilevanti sacrifici⁴²; ciò che – se ci si pensa – neppure in tempo di guerra si è avuto⁴³.

³⁹ È tornato ad intrattenersi sul punto nel corso del nostro Seminario E.C. RAFFIOTTA, intervento cit., che ha rilevato il difettoso coordinamento registratosi tra centro e periferia.

⁴⁰ Efficacemente rappresenta questo comune sentire M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., 181, laddove rileva che "l'impressione che si avverte, soprattutto nelle fasi acute dell'emergenza, è quella di un intervenire rapsodico, caotico, irrazionale, solo apparentemente dettato dai criteri della proporzionalità, progressività, ragionevolezza e temporaneità, efficacemente e plasticamente rappresentato dal compulsivo e irragionevole susseguirsi di sempre nuovi modelli di autocertificazione, quale concretizzazione di una burocrazia pervasiva, che vessa il cittadino anche di fronte alle emergenze".

⁴¹ ... mentre per l'aspetto formale-procedimentale sono, a mia opinione, da annoverare tra le fonti di secondo grado, rinvenendo direttamente ed esclusivamente nella legge la loro regolazione (v. argomentata la tesi della scissione dei due profili in parola nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*³, Giappichelli, Torino 2009, spec. 66 ss. ma *passim*).

⁴² Tralasciando ora i riferimenti per ciò che attiene agli scritti riguardanti limitazioni apportate a singoli diritti, un quadro d'insieme può vedersi efficacemente rappresentato in M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal*, 3/2020, 31 ss., e R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in questa *Rivista*, 2020/III, 513 ss., spec. 536 ss. In prospettiva comparata, v., poi, AA.VV., *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 5 maggio 2020.

⁴³ Un solo esempio per tutti, con riguardo alla libertà religiosa che – non si dimentichi – soggiace unicamente, nelle sue manifestazioni attraverso i riti, al limite del buon costume: una libertà, dunque, che neppure con legge può risultare compressa [in argomento, tra gli altri, N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 7/2020, 16 marzo 2020, 25 ss.; A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in questa *Rivista*, 2020/I, 222 ss., e, pure *ivi*, dello stesso, *La Messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa*, 2020/I, 312 ss.; C. GENTILE, *L'epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed i rapporti Stato-Chiesa*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 15 aprile 2020; V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 8/2020, 20 aprile 2020, 85 ss.; nella stessa *Rivista*, G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di socialità*, 9/2020, 4 maggio 2020; G. BLANDO, *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 5 maggio 2020; T. DI IORIO, *La quarantena dell'anima del civis-fidelis. L'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11/2020, 1 giugno 2020, 36 ss.; pure *ivi*, M.L. LO GIACCO, *I "Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla*

Diritti sospesi, altri messi sotto *stress* e comunque obbligati a sottostare a rilevanti limitazioni: tutto senza che alcuna norma costituzionale ne dia l'abilitazione, seppur sotto forma di rinvio alla legge corredato di alcune indicazioni essenziali idonee a darvi un orientamento circa il modo con cui raccordarsi con gli atti ad essa conseguenti coi quali si pongono le misure in concreto limitative dei diritti.

Ancora una conferma – come si vede – del bisogno non più differibile di una disciplina costituzionale delle emergenze del tipo straordinario.

cattolica": una nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana, 12/2020, 15 giugno 2020, 107 ss., e A. MADERA, *Some preliminary remarks om the impact of COVID-19 on the exercise of religious freedom in the United States and Italy*, 16/2020, 21 settembre 2020, 70 ss.; M. MASSA, *I limiti al culto pubblico durante la pandemia*, in *Quad. cost.*, 3/2020, 602 ss.; N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 15 ottobre 2020, 208 ss.].

Pier Luigi Tomaiuoli*

Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica**
(nota a [Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598](#))

ABSTRACT: *The article analyses the Supreme Court of Cassation's reference for a preliminary ruling [No. 19598 of 2020](#). The article focuses on the first and more important question, whereby the Joint Chambers – in open contrast with [Judgment No. 6 of 2018 of the Italian Constitutional Court](#) – asked the Court of Justice of the European Union to verify the compatibility of Article 111(8) of the Constitution with Union law. According to said constitutional provision, decisions of the Council of State and of the Court of Auditors can be appealed to the Supreme Court of Cassation “only for reasons of jurisdiction” (and not, therefore, for *errores in iudicando* or *errores in procedendo*). This expresses a deliberate choice to consolidate the pluralistic organization of jurisdictions in existence for over a century, an arrangement that constitutes a foundational and fundamental trait of Italian justice.*

SOMMARIO: 1. I quesiti pregiudiziali. – 2. L'organizzazione giudiziaria italiana: la pluralità delle giurisdizioni e il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. – 3. Gli equivoci dell'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#). – 4. Riflessioni conclusive.

1. I quesiti pregiudiziali

1.1. Con l'[ordinanza di rinvio pregiudiziale del 18 settembre 2020, n. 19598](#)¹, la Corte di Cassazione ha chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire:

1) se gli artt. 4, par. 3, e 19, par. 1, del TUE, e gli artt. 2, parr. 1 e 2, e 267 del TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino «ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111, Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 codice del processo amministrativo», secondo cui avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione non può essere utilizzato per fare valere la violazione di norme comunitarie;

2) se i medesimi articoli del diritto dell'Unione ostino «ad una prassi giurisprudenziale nazionale», secondo cui il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) non può essere utilizzato per fare valere l'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti);

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

** Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Per i primi commenti all'[ordinanza](#) si vedano S. BARBARESCHI – A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di cassazione “fuori contesto”: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU., 18 settembre 2020, n. 19598?*, in [Federalismi.it](#), 4 novembre 2020; R. BIN, *È scoppiata la “terza guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in [Federalismi.it](#), 18 novembre 2020; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni alla giurisdizione: il contrasto tra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in [Questione Giustizia](#), 19 ottobre 2020; F. FRANCIARIO, *Quel pasticciaccio giusto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in [Giustizia Insieme](#), 11 novembre 2020; M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2020, 675 ss; B. NASCIMBENE e P. PIVA, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto europeo?* in [Giustizia Insieme](#), 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in [Giustizia Insieme](#), 30 novembre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e “i motivi inerenti alla giurisdizione”*, in [Giustizia Insieme](#), 7 ottobre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in [Foro News](#) 12 ottobre 2020.

3) se i principi affermati dalla Corte di giustizia, con le sentenze decima sezione, 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb, Grande sezione, 5 aprile 2016, in causa C-689/13, Puligenica, e decima sezione, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, siano applicabili anche all'ipotesi in cui con il ricorso principale venga fatta valere l'illegittimità dell'aggiudicazione «per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara».

1.2.- Con tali quesiti pregiudiziali, dunque, la Corte di cassazione chiede alla Corte di giustizia di accertare, rispettivamente:

1) la compatibilità con il diritto dell'Unione della generale scelta di fondo dell'ordinamento interno, consacrata in una norma costituzionale, di affidare la giurisdizione sugli interessi legittimi al giudice amministrativo, con la conseguenza che le sentenze del suo organo di vertice non possano essere sindacate, in rito o in merito, dalla Corte di cassazione, anche nello specifico caso di violazione di norme comunitarie;

2) la compatibilità con il diritto dell'Unione della conseguente impossibilità di sindacare, quale motivo inerente alla giurisdizione, l'errore processuale del Consiglio di Stato che, in ipotesi, abbia violato l'obbligo di rinvio alla Corte di giustizia, ovvero della (del pari conseguente) inesistenza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale in capo alla Corte di cassazione, essendo il Consiglio di Stato l'organo giurisdizionale di ultimo grado della giustizia amministrativa;

3) nel merito (*rectius* in rito), la compatibilità con il diritto dell'Unione delle norme di diritto interno del processo amministrativo che, a determinate condizioni, comportano, nella materia degli appalti pubblici, la preclusione dell'esame del ricorso principale proposto da un soggetto partecipante ad una gara, in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario (o da altro partecipante).

Il primo quesito attiene, *in generale*, alla individuazione del giudice chiamato a decidere, in ultima istanza, le controversie di diritto amministrativo che involvano la violazione del diritto comunitario; il secondo, del tutto consequenziale e sempre su un piano generale, al soggetto facoltizzato ovvero obbligato, quale giudice di ultima istanza, al rinvio pregiudiziale; il terzo, invece, attiene alla norma di diritto applicabile alla *specifica* controversia del caso concreto (vertente nella materia degli appalti pubblici).

Su quest'ultimo quesito, riconducibile alla *vexata quaestio* dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente, non ci si intende soffermare in questa sede, se non per segnalare che esso, di fatto, non è più attuale, dal momento che dopo la citata sentenza Lombardi della Corte di Giustizia (resa successivamente alla sentenza impugnata in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione²), la giurisprudenza amministrativa consolidata³ ha seguito l'interpretazione fornita dai giudici europei, secondo cui – in sostanza – l'accoglimento del ricorso incidentale non può in ogni caso precludere l'esame di quello principale, non potendosi escludere che l'eventuale accoglimento di quest'ultimo comporti la ripetizione della gara, con il conseguente soddisfacimento dell'interesse strumentale del concorrente⁴.

L'attenzione, dunque, va ora focalizzata sui primi due quesiti e, soprattutto, sul primo.

² La sentenza è del 7 agosto 2019.

³ Tra le tante, Consiglio di Stato, sez. IV, 2 novembre 2020, n. 6734; Consiglio di Stato, sez. IV, 2 novembre 2020, n. 6732; TAR Calabria, sez. I, 2 novembre 2020, n. 1756; Consiglio di Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; TAR Lombardia, 10 agosto 2020, n. 1538; Consiglio di Stato, sez. V, 30 luglio 2020, n. 4855; TAR Toscana, 23 luglio 2020, n. 960; Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 giugno 2020, n. 3528; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 24 novembre 2020, n. 1103; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 1 giugno 2020, n. 334; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 17 dicembre 2019, n. 14; Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2018, n. 2587.

⁴ Per una ricostruzione critica della soluzione adottata dalla Corte di giustizia sia consentito rinviare a P.L. TOMAIUOLI, *Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 7 ottobre 2020.

2. *L'organizzazione giudiziaria italiana: la pluralità delle giurisdizioni e il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*

2.1.- L'ordinamento giuridico italiano accoglie un sistema di *giurisdizione pluralista*, che, per quanto riguarda la giustizia amministrativa, prevede, sul modello francese, un giudice amministrativo (articolato nei Tribunali amministrativi regionali in primo grado⁵, e nel Consiglio di Stato, in secondo e ultimo grado) avente giurisdizione generale per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie (le cosiddette ipotesi di giurisdizione esclusiva), di diritti soggettivi (art. 103, settimo comma, Cost. e art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo): il giudice amministrativo, dunque, è «il giudice naturale degli interessi legittimi», ossia il giudice naturale dell'esercizio del potere pubblico ([Corte costituzionale, sentenze n. 6 del 2018](#), punto n. 18, e [sentenza n. 140 del 2007](#)), mentre la cognizione dei diritti soggettivi (al di fuori delle limitate ipotesi di giurisdizione esclusiva) è attribuita al giudice ordinario.

Conseguentemente, il codice di procedura civile (art. 362, comma 1, c.p.c.) e il codice del processo amministrativo (art. 110) escludono dal controllo nomofilattico della Corte di cassazione le sentenze del giudice amministrativo, che possono essere sindacate non per violazione di legge processuale o sostanziale (ossia per aspetti di rito o di merito della controversia, i cosiddetti *errores in procedendo* o *in iudicando*) ma per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Questa regola di fondo del sistema giudiziario italiano è stata fatta propria dalla Costituzione, la quale all'art. 111, ottavo comma, prevede che «[c]ontro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso *per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*», a differenza delle sentenze pronunciate dagli altri organi giurisdizionali, ordinari e speciali, avverso le quali, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., «è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge».

Come osservato dalla [Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018](#), i Costituenti, nel vergare i commi settimo e ottavo della Costituzione, hanno dunque operato la consapevole «*scelta di fondo*» di consolidare il più che secolare⁶ «*assetto pluralistico delle giurisdizioni*»⁷.

⁵ Art. 125 Cost.

⁶ Scelta risalente quanto meno alla legge n. 62 del 1907. Si veda, sul punto, R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, ala sito di [Sipotra](#). L'Autore ricorda che la menzionata legge n. 62 del 1907, nel riconoscere natura giurisdizionale al ricorso al Consiglio di Stato, dispose la ricorribilità in cassazione delle sue decisioni per «difetto assoluto di giurisdizione», che si sommava all'ipotesi della denuncia dei conflitti positivi e negativi di giurisdizione; la formula passò così nel Testo unico n. 638 del 1907 e poi nell'art. 48 T.U. n. 1054 del 1924. Si veda anche M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit.

⁷ V. DENTI, Art. 111-113, *La magistratura*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1987, 1, definisce l'art. 111, ottavo comma, Cost. come «*la chiave di volta di tutta la costruzione della funzione giurisdizionale*»; nello stesso senso, A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 1041 ss., che parla di «*nozione fondante i rapporti istituzionali fra le giurisdizioni*». Si veda anche A. ANDRONIO, *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, sub art. 111, Torino, 2006. L'Autore osserva «che l'Assemblea Costituente ha più che altro inteso consolidare principi già sostanzialmente presenti nell'ordinamento pre-repubblicano»; e che «l'art. 111, ult. c., Cost. si limita a recepire i principi già vigenti, con una disposizione formulata allo scopo di limitare l'ambito della funzione nomofilattica, attribuita alla Cassazione dal comma precedente in via apparentemente esclusiva. Il comma, infatti, prevede che "contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e *deve essere inteso più come norma di garanzia della giustizia amministrativa contro le ingerenze della giustizia ordinaria sul merito delle decisioni che come norma che attribuisce alla Cassazione la giurisdizione sulla giurisdizione*. Il fondamento di quest'ultima, che può essere ricondotta a pieno titolo alla funzione nomofilattica, è invece proprio il precedente 7° co. La norma in commento sancisce, quindi, la *sostanziale parità delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa*, limitando l'intervento della Cassazione ai soli conflitti, e così *escludendo*, in concreto, *dalla funzione nomofilattica* di quest'ultima le norme che regolano i rapporti sottratti alla giurisdizione ordinaria». R. VILLATA, «*Sui motivi inerenti la giurisdizione*», Riv. dir. proc., 2015, 632 ss, afferma che la nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione" è «*fondante*» i rapporti

Nella citata [sentenza](#) il giudice delle leggi, in particolare, ha affermato:

«12. –La corretta interpretazione dell’art. 111, ottavo comma, Cost. e il suo ruolo determinante, ai fini della posizione costituzionale del giudice amministrativo e di quello contabile nel concerto delle giurisdizioni, sono stati messi chiaramente in luce da questa Corte. Con la [sentenza n. 204 del 2004](#) si è infatti rilevato che l’unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni, e che i Costituenti hanno ritenuto di dover tener fermo l’assetto precostituzionale, assetto che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi. Nella stessa sentenza si è osservato come dai lavori dell’Assemblea Costituente emerga chiaramente che ciò comporta l’esclusione della “soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione” e la sua limitazione “al solo ‘eccesso di potere giudiziario’, ‘coerentemente alla unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé’ (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)”. Con la [sentenza n. 77 del 2007](#), poi, occupandosi della *translatio iudicii*, questa Corte ha aggiunto che “perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell’art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione”».

La citata norma costituzionale – della cui compatibilità con il diritto dell’Unione l’[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#) dubita – è dunque norma *fondante* e *fondamentale* nel sistema italiano, perché «regola i confini e l’assetto complessivo dei plessi giurisdizionali» ([sentenza n. 6 del 2018](#)) chiamati a somministrare la giustizia ai cittadini: essa, cioè, caratterizza l’*identità nazionale* insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)⁸.

2.2.- Tale più che secolare architrave dell’assetto giudiziario dello Stato italiano, contrariamente a quanto erroneamente⁹ affermato nell’[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#), è sempre stato riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione, secondo cui «è principio consolidatosi nella giurisprudenza di queste Sezioni unite che il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 362 c.p.c., comma 1, e art. 110 c.p.a., è consentito ove si richieda l’accertamento dell’eventuale sconfinamento del Consiglio dai limiti esterni della propria giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l’essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni della giurisdizione, cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*¹⁰».

costituzionali tra le giurisdizioni; M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit., da ultimo, osserva che «il nostro ordinamento costituzionale è informato ad un principio di *pluralismo giurisdizionale*, sicché, accanto ai giudici ordinari, sono riconosciuti giudici speciali (Consiglio di Stato e Corte dei conti: artt. 100 e 103 Cost.) che, nel loro ambito di giurisdizione si atteggiano a *giurisdizioni “superiori”* (v. *per tabulas* art. 135. c. 2, Cost.). Come in tutti gli ordinamenti segnati dal pluralismo giurisdizionale occorre, ovviamente, che vi sia un organo deputato a risolvere questioni che attengono ai confini delle rispettive giurisdizioni». L’art. 111 Cost. affida alla Cassazione tale compito, ma solo per «regolare i confini “esterni” di ciascuna giurisdizione», vietandole di «ingerirsi nelle relative vicende “interne”, come se fosse un giudice di terzo grado, poiché appunto i giudici speciali sono, nel loro ambito, giurisdizioni superiori».

⁸ Cfr. [Corte costituzionale, ordinanza n. 27 del 2017](#).

⁹ Punto 26 della motivazione.

¹⁰ Così le Sezioni unite, 8 aprile 2016, n. 6891, che aggiungono: «Il rimedio in questione “è esperibile nell’ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l’ambito della giurisdizione in generale – ad esempio esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario negando la giurisdizione sull’erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale – ovvero nell’ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione. Il giudice amministrativo incorre in tale ultima violazione laddove si pronunci su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure neghi la propria giurisdizione nell’erroneo convincimento che essa appartenga ad altro giudice” (sentenza 23.07.15 n. 15476)» (nello stesso senso, tra le tante: Sezioni unite, 19 settembre 2017, n. 21617; 29

2.3.- E' vero piuttosto che negli ultimi anni è emerso un orientamento *minoritario*¹¹, che, in aperto contrasto con le norme di legge e della Costituzione, ha di fatto esteso il sindacato della Corte di cassazione ad ipotesi di violazione di legge processuale o sostanziale, facendo leva su un concetto più ampio di giurisdizione, "dinamico" (o "funzionale" o "evolutivo"), in virtù del quale sarebbe possibile sindacare non solo le norme sulla giurisdizione, ossia quelle che individuano «i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono «le forme di tutela» attraverso cui la giurisdizione si estrinseca.

Alla stregua di questa impostazione, rientrerebbero nel controllo sulla giurisdizione anche le ipotesi in cui il giudice amministrativo o quello contabile deneghi una particolare forma di tutela astrattamente prevista dalla legge, ovvero adotti una interpretazione di una norma processuale o addirittura sostanziale che impedisca la piena conoscibilità della domanda, e cioè l'esame del merito della questione¹².

In questi casi, la Corte di cassazione ha sostenuto che il rifiuto di giurisdizione non si avrebbe solo quando il giudice speciale affermi di non avere giurisdizione *in astratto* (come è sempre stato pacifico), ma anche quando, pur affermando (anche implicitamente) la sua giurisdizione, per «un ostacolo di carattere generale»¹³ (*id est* per l'erronea interpretazione di una norma processuale o sostanziale) non somministri la forma di tutela prevista dalla legge ovvero non esamini nel merito la domanda, e quindi deneghi *in concreto* la giurisdizione.

Si registrano, infine, anche arresti del medesimo minoritario filone evolutivo, ove si precisa che l'interpretazione della norma processuale o sostanziale, per fuoriuscire dall'ambito della violazione

marzo 2017, n. 8117; 30 gennaio 2017, n. 2219; 6 giugno 2017, n. 13976; 29 marzo 2013, n. 7929; 9 giugno 2011, n. 12539; 16 febbraio 2009, n. 3688 29 aprile 2005, n. 8882; 26 luglio 2004, n. 14064; 16 gennaio 2003, n. 574; 1 luglio 2002, n. 9558; 12 aprile 2002, n. 5283; 17 ottobre 2002, n. 14751; 17 dicembre 1999, n. 910; 19 febbraio 1999, n. 86; 22 settembre 1997, n. 8344; 10 agosto 1996, n. 7410; 4 agosto 1995, n. 8550; 14 giugno 1995, n. 668; 17 novembre 1986, n. 6769).

¹¹ Come pure rilevato dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 6 del 2018](#), la quale ha osservato che «la giurisprudenza maggioritaria delle stesse Sezioni unite» «continua ad affermare che "Il cattivo esercizio della propria giurisdizione da parte del giudice, che provveda perché investito di essa e, dunque, ritenendo esistente la propria giurisdizione e, tuttavia, nell'esercitarla, applichi regole di giudizio che lo portino a negare tutela alla situazione giuridica azionata, si risolve soltanto nell'ipotetica commissione di un errore all'interno di essa"»; e che, «poiché la distinzione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali ha come implicazione necessaria che ciascuna giurisdizione si eserciti con l'attribuzione all'organo di vertice interno al plesso giurisdizionale del controllo e della statuizione finale sulla correttezza in iure ed in facto di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia, salvo quelle che implicino negazione astratta della tutela giurisdizionale davanti alla giurisdizione speciale ed a qualsiasi giurisdizione (rifiuto) oppure alla negazione della giurisdizione accompagnino l'indicazione di altra giurisdizione (diniego), non è possibile prospettare che, fuori di tali due casi, il modo in cui tale controllo viene esercitato dall'organo di vertice della giurisdizione speciale, se anche si sia risolto in concreto nel negare erroneamente tutele alla situazione giuridica azionata, sia suscettibile di controllo da parte delle Sezioni Unite"». Sul punto si vedano anche M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit.; P.L. TOMAIUOLI, [L'"altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica \(a margine della sentenza n. 6 del 2018\)](#), in questa *Rivista*, [2018/1](#), 1 ss.; nonché A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit.

¹² I casi più eclatanti che hanno condotto alla cassazione con rinvio delle sentenze dei giudici speciali sono stati, con riferimento alla giurisdizione amministrativa, quelli: 1) della pregiudiziale di annullamento, la cui assenza determinava secondo il giudice amministrativo la liceità dell'agire dell'amministrazione e quindi il rigetto nel merito della domanda risarcitoria (Sezioni unite, 23 dicembre 2008, n. 30254); 2) del mancato esame del ricorso principale in seguito all'accoglimento del ricorso incidentale paralizzante, in contrasto con una sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia (Sezioni unite, 6 febbraio 2015, n. 2242.); 3) del mancato esame dei motivi aggiunti in ragione del rigetto del ricorso principale, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia (Sezioni unite, 29 dicembre 2017, n. 31126); 4) nonché, con riferimento alla giurisdizione contabile, quello del mancato esame di una istanza di definizione agevolata in presenza di appello interposto dal Procuratore generale (Sezioni unite, 12 marzo 2012, n. 3854). Ad essi si aggiunge il caso dell'interpretazione di una norma interna sulla decadenza dall'azione in asserito contrasto con le norme convenzionali, per come accertato da una sentenza della Corte Edu (Sezioni unite, 8 aprile 2016, n. 6891), che ha portato alla sentenza della [Corte costituzionale n. 6 del 2018](#), la quale, tuttavia, ha impedito alla Corte di cassazione di annullare la sentenza del giudice amministrativo.

¹³ Sezioni unite, 7 aprile 2014, n. 8056; 13 maggio 2013, n. 11345.

di legge ed essere sindacabile quale motivo inerente alla giurisdizione, dovrebbe essere anche «abnorme o anomala»¹⁴, ovvero frutto di uno «stravolgimento» (a volte definito «radicale»¹⁵) delle «norme di riferimento»¹⁶ (altre volte norme «di rito»¹⁷, altre volte ancora «di rito e di merito»¹⁸), stravolgimento che in alcune ipotesi sarebbe dato semplicemente dalla natura sovranazionale delle norme violate («europee»¹⁹).

2.4.- La nozione di giurisdizione dinamica è stata aspramente criticata in dottrina²⁰, la quale ha sottolineato come tale interpretazione “evolutiva” si ponga in contrasto con l’art. 111, ottavo comma, Cost. e con l’assetto plurale delle giurisdizioni delineato dai Costituenti (la critica è venuta anche da coloro che auspicano il superamento di tale assetto, ma riconoscono che a ciò si può arrivare solo modificando la Carta fondamentale²¹).

Si è infatti osservato che, aderendo alla tesi della giurisdizione dinamica, tutte le norme la cui applicazione impedisca l’esame del pieno merito della domanda – per ragioni di rito (ad esempio quelle sulla tempestività, proponibilità, procedibilità, interesse ad agire, legittimazione) o finanche preliminari di merito (ad esempio quelle che prevedono una decadenza sostanziale²² o la prescrizione)

¹⁴ Sezioni unite, 20 maggio 2016, n. 10501; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242; 4 febbraio 2014, n. 2403.

¹⁵ Sezioni unite, 17 gennaio 2017, n. 956; 15 marzo 2016, n. 5070; 17 maggio 2013, n. 12106.

¹⁶ Sezioni unite, 17 gennaio 2017, n. 964; 20 maggio 2016, n. 10501; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242; 4 febbraio 2014, n. 2403; 17 maggio 2013, n. 12106.

¹⁷ Sezioni unite, 11 maggio 2017, n. 11520; 17 gennaio 2017, n. 964; 16 gennaio 2014, n. 774.

¹⁸ Sezioni unite, 15 marzo 2016, n. 5070.

¹⁹ Sezioni unite, 17 gennaio 2017, n. 956; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242.

²⁰ Senza pretesa di esaustività, si vedano R. De NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”)*, *Sipotra*; F. DINELLI - G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione - La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una “innovativa conferma”*, *Giur. it.*, 2015, 4, 939; M. D'ORSOGNA, *Il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione*, AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2005, 920-923; F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa?*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 305; V. FANTI, *La «rivoluzione» operata dalla Corte di cassazione sulla giurisdizione del Giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 145; S. FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa come motivo inerente la giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 5, 2009, 548; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.; B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, *ivi*, 1583 ss.; A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema “Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione”*, Roma, Corte di Cassazione, 21 settembre 2017; A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 1041 ss.; G. TROPEA, *Il Golem europeo e “i motivi inerenti alla giurisdizione”*, *cit.*; P.L. TOMAIUOLI, *L'“altolà” della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, *cit.*; A. TRAVI *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione “funzionale” delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 111; R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *Judicium*; G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 367 ss.; G. VERDE, *L'Adunanza plenaria n. 12/2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 879-883; R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4, 897 ss.; R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss.; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?* *ivi*, 2017, 106 ss.; R. VILLATA, *«Lunga marcia della Cassazione» verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss.; R. VILLATA, *Sui motivi inerenti la giurisdizione*, *cit.*

²¹ Oltre A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema “Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione”*, *cit.*, si pensi alla scuola fiorentina, che si rifà alla posizione di Calamandrei. Si veda, a titolo esemplificativo, A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, 5, 22 ss.

²² F. SATTA, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254/2008 delle Sezioni Unite?*, in *Giustamm.* L'Autore, nonostante auspichi un ampliamento del ruolo nomofilattico della Cassazione, afferma: «Sembra in verità difficile condividere l'idea che respingere una domanda di risarcimento del danno perché il provvedimento lesivo non era stato impugnato ed annullato costituisca diniego di esercizio della giurisdizione. La sentenza ricorda una serie di casi, propri del diritto civile, in cui la domanda di risarcimento del danno sarebbe ammissibile anche senza l'impugnazione dell'atto lesivo. Ma questa

– o addirittura (come nel caso di specie) tutte le norme del diritto dell’Unione o convenzionali porrebbero delle questioni di giurisdizione, comportando l’assoggettamento delle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) ad un non consentito, a Costituzione invariata, ricorso per violazione di legge²³ innanzi alla Corte di cassazione.

2.5.- Con la menzionata [sentenza n. 6 del 2018](#)²⁴ la Corte costituzionale ha, senza mezzi termini, affermato che il concetto di giurisdizione dinamica è *contrario a quello accolto dalla Costituzione*.

La Corte, in particolare, ha ricordato che:

«mentre il settimo comma dell’art. 111 stabilisce che avverso le sentenze dei giudici ordinari e (degli altri giudici) speciali “è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge” (sostanziale e processuale), il seguente ottavo comma, in chiara contrapposizione con la precedente disposizione, prevede che il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è limitato ai “soli motivi inerenti alla giurisdizione”. La tesi del rimettente, dunque, nella misura in cui riconduce ipotesi di *errores in iudicando* o *in procedendo* ai motivi inerenti alla giurisdizione, si pone in contrasto con la chiara lettera delle citate disposizioni costituzionali. La tesi della giurisdizione dinamica, inoltre, è contraria al loro stesso spirito, perché mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti, che, come dimostra in particolare l’art. 111, ottavo comma, Cost., hanno optato per un assetto pluralistico delle giurisdizioni»²⁵.

è una questione di merito, come ognuno vede. Il termine di decadenza è certamente un limite interno, storico, della giurisdizione amministrativa». Si veda anche G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit.: «Ha torto (La Cassazione, n.d.r.) quando considera come questione di giurisdizione quella relativa alla c.d. pregiudiziale amministrativa, che non attiene a un problema di riparto, ma alla individuazione dei presupposti della tutela, che ciascun giudice è libero di individuare in piena autonomia. Ha ragione il Consiglio di Stato quando non accetta una imposizione da parte della S.C. circa il modo di configurare la tutela all’interno dei suoi poteri cognitivi».

²³ A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema “Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione”*, cit.: «altrimenti, anche la sentenza che dichiarasse erroneamente l’inammissibilità di un ricorso per tardività diventerebbe, per la stessa ragione, impugnabile per motivi di giurisdizione». Nello stesso senso, R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit.; nonché V. FANTI, cit. Si veda anche M. NIGRO, in *Giustizia amministrativa*, 2002, 180: «Interessante la questione se il difetto di presupposti necessari per l’esercizio della funzione giurisdizionale comporti il difetto di giurisdizione: sembra chiaro che una eccessiva larghezza in questo campo porterebbe a vedere una questione di giurisdizione dappertutto»; S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e gioco delle tre carte*, in *Giurisd. amm.*, 2009, 4, 1 e ss, ove, a proposito del sindacato sulla mancata somministrazione della tutela risarcitoria, si osserva: «Se è vero che quelli suindicati erano in realtà vizi di violazione di legge e non di difetto di giurisdizione, non ci sarebbe alcun ostacolo sistematico per generalizzare il principio e quindi per concludere che ogni volta che il giudice amministrativo per errore – “errore” beninteso, tale ritenuto dalle Sezioni unite, arbitro unico della questione – dichiara di non potere entrare nel merito della questione per inammissibilità o irricevibilità o improcedibilità del ricorso incorre in difetto di giurisdizione». «E questo potrebbe essere soltanto il penultimo passo: perché, a questo punto, non ci sarebbe più nemmeno motivo per non ritenere sindacabili dalla Cassazione anche tutte le altre erronee applicazioni di legge eventualmente compiute dal giudice amministrativo in sede di decisione di merito».

²⁴ M. BRANCA, *L’esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 93 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1521; F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, ivi, 1537; M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, 3, 704; D. PONTE, *Un segnale che punta a responsabilizzare gli attori del processo*, in *Guida al diritto*, 2018, 8, 90; L. SALVATO, *I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità “sostanziale” della questione di legittimità*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2018, 5; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur., cost.*, 2018, 1, 122; P.L. TOMAIUOLI, [L’“altolà” della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica \(a margine della sentenza n. 6 del 2018\)](#), cit; A. TRAVI *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione “funzionale” delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit.

²⁵ Osserva A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema “Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione”*, cit.: «Le regole del riparto fra giudice ordinario e giudice amministrativo nel nostro ordinamento hanno un carattere istituzionale, sottolineato dallo stretto rapporto fra l’art. 103 e l’art. 111, c. 8, Cost. In queste disposizioni la nozione di giurisdizione è riferita alla “*potestas iudicandi*”, a quelli che siamo soliti designare come limiti esterni della giurisdizione, dunque alla distinzione fra l’ambito

La Corte costituzionale ha poi aggiunto:

«L'intervento delle Sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, *nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU*, non essendo peraltro chiaro, nell'ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo. In ogni caso, ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare. Rimane il fatto che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU (sentenza n. 123 del 2017). 15.– L'“eccesso di potere giudiziario”, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici. 16.– Il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, *non ammette soluzioni intermedie*, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze “abnormi” o “anomale” ovvero di uno “stravolgimento”, a volte definito radicale, delle “norme di riferimento”. Attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive»²⁶.

demandato a una giurisdizione e quello demandato all'altra: si tratta dunque di un profilo ben diverso da quello che attiene alla verifica dell'esercizio della giurisdizione. Anche negli Atti dell'Assemblea costituente (in particolare, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, interventi di Paolo Rossi e di G. Leone), emerge con chiarezza che questo era il significato delle norme costituzionali. La nozione di ricorso per motivi di giurisdizione che emerge dalle norme costituzionali è univoca e non si presta pertanto a interpretazioni forzate. È la stessa nozione accolta anche dalla dottrina che si è espressa dopo la Costituzione (si pensi ad Andrioli, Satta, Liebman) ed è la nozione che trova riscontro in disposizioni diverse da quelle che riguardano il ricorso per Cassazione, contenute non solo nel codice di procedura civile, ma anche in altre leggi processuali, come il recente codice del processo amministrativo. In questo quadro non regge la tesi che propone il superamento di una nozione “tradizionale” o “statica” dei motivi di giurisdizione con una nozione “funzionale” o “dinamica”, che si ispirerebbe agli art. 24 e 111, c. 1, Cost.. Ciò che è decisivo in ambito processuale è la legge: l'art. 111, c. 1, Cost. lo ribadisce con chiarezza». Nello stesso senso, A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, cit: «La nozione di “motivi inerenti alla giurisdizione”, su cui si fonda il ricorso alla Cassazione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato, non può essere considerata in termini elastici, in relazione alla concreta condivisibilità o meno delle soluzioni interpretative accolte dal giudice speciale. Si tratta, invece, di una nozione fondante i rapporti istituzionali fra le giurisdizioni, e per questo motivo sancita da una norma costituzionale. Come per tutte le nozioni fondanti che hanno un riconoscimento costituzionale, svolge una funzione di garanzia e l'interpretazione deve seguire criteri particolari di rigore e di aderenza alle ragioni testuali»; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?», cit., osserva che «la dilatazione del concetto di questione di giurisdizione si risolve in un inammissibile grimaldello atto a scardinare il sistema dualistico a Costituzione invariata».*

²⁶ A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit.: «Le questioni sollevate dalle sezioni unite riconducono tutte a un punto cruciale: quali sono “i motivi inerenti alla giurisdizione” che “soli” possono essere dedotti con ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato? Da questo punto di vista non si può trascurare che l'art. 111, ult. comma. Cost. avesse trovato per quasi un settantennio un'interpretazione chiara e univoca, coerente con la sua giustificazione storica emersa nei lavori dell'Assemblea costituente: i motivi inerenti alla giurisdizione sono soltanto quelli che pongano in discussione la spettanza a un giudice della giurisdizione su quella specifica controversia. Non sono invece inerenti alla giurisdizione i motivi con i quali sia

2.6.- Le Sezioni unite, dopo la [sentenza n. 6 del 2018](#) e in continuità con essa, hanno, in molteplici arresti, apertamente sconfessato e totalmente riassorbito²⁷ l'orientamento minoritario: «[n]on è infatti consentita la censura della sentenza con la quale il giudice amministrativo adotti una interpretazione di una norma processuale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda ed in tal senso è intervenuta la Corte costituzionale ([sentenza n. 6 del 2018](#)), che ha ridimensionato drasticamente quell'ambito non solo escludendo in radice ogni legittimità dell'interpretazione estensiva (sulla base del concetto funzionale od evolutivo o dinamico della giurisdizione), ma pure circoscrivendo sensibilmente l'operatività della giurisprudenza maggioritaria. Il Giudice delle leggi ha invero statuito che la tesi che il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione comprenda anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* non può qualificarsi "evolutiva" o "dinamica", perché irrimediabilmente illegittima in quanto incompatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale. Pertanto, deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione che consenta una più o meno completa assimilazione del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per "motivi inerenti alla giurisdizione" con il ricorso in Cassazione per violazione di legge (punto 11 delle ragioni in diritto della qui esaminata sentenza della Consulta), visto che l'intervento delle Sezioni Unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della Cedu. Ne consegue che l'"eccesso di potere giudiziario" va riferito alle sole ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, nonché a quelle di difetto *assoluto* di giurisdizione, cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermino la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghino sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento). La medesima pronuncia della Consulta *esclude* poi che il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato, ammetta *soluzioni intermedie*, come quella secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle norme di riferimento, poiché "attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive"»²⁸.

E – si badi – tale ripudio dell'orientamento minoritario è avvenuto anche con riferimento ad ipotesi in cui la lamentata violazione di legge cadeva su norme del diritto dell'Unione (Sezioni unite, 21 agosto 2020, n. 17580; 6 marzo 2020, n. 64601; 6 maggio 2019, n. 13243).

E, si badi ancora – nonostante alcuni abbiano di recente offerto una lettura riduttiva della [sentenza n. 6 del 2018](#), quale più convincente od "opportuna" alternativa domestica alla soluzione del rinvio pregiudiziale, volta, in sostanza, a restituire ai motivi di ricorso inerenti alla giurisdizione il diniego

contestata la conformità sostanziale della decisione giurisdizionale al diritto, sia esso il diritto costituzionale, o invece il diritto dell'Unione, o invece qualsiasi altro diritto vigente nell'ordinamento. Da questo punto di vista, la [pronuncia della Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 6](#) (...), con cui le sezioni unite oggi si pongono sostanzialmente in contrapposizione dialettica, appare ineccepibile».

²⁷ Tra le tante sentenze, si vedano Sezioni unite, 21 agosto 2020 n. 17580; 26 maggio 2020, n. 9775; 13 maggio 2020, n. 8842 e n. 8843, ove si legge: «La sentenza della Corte costituzionale, nella parte sopra richiamata, benché abbia dichiarato inammissibile la questione scrutinata, ha carattere vincolante, dato che detta pronuncia ha identificato gli ambiti dei poteri attribuiti alle differenti giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti ed i limiti del ricorso *ex art. 111 Cost.*, comma 8, così decidendo una questione che involge l'interpretazione di norme costituzionali e l'identificazione dei confini tra poteri da queste stabiliti (con riguardo a quelli tra le giurisdizioni contemplate dal parametro), che non può non spettare alla Corte costituzionale, quale interprete ultimo delle norme costituzionali»; nonché Sezioni unite, 13 marzo 2020, n. 7215; 18 giugno 2019, n. 16338; 14 giugno 2019, n. 15992; 12 giugno 2019, n. 15744; 16 maggio 2019, n. 13243; 25 marzo 2019, n. 8311; 20 marzo 2019, n. 7926; 19 dicembre 2018, n. 32773; 17 dicembre 2018, n. 32621; 30 luglio 2018, n. 20168.

²⁸ Sezioni unite, 10 giugno 2020, n. 11125.

di giustizia in concreto o non meglio definite ipotesi di “stravolgimento” delle norme di riferimento²⁹ – la Corte costituzionale, come appena ricordato e come affermato dalle stesse Sezioni unite, ha recisamente negato la compatibilità a Costituzione sia del rifiuto di giurisdizione in concreto sia di soluzioni cosiddette “intermedie”, che affidino alla Corte di cassazione il sindacato su violazioni di legge «particolarmente qualificate» (quand’anche di provenienza sovranazionale), facendo leva sulla natura dell’errore o della norma violata.

Merita di essere sottolineato, poi, che anche dopo l’[ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia](#) le Sezioni unite hanno continuato, graniticamente, a respingere la teoria della giurisdizione dinamica e ad escludere che il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione possa essere utilizzato per lamentare violazioni di legge, processuali o sostanziali, interne o europee, del giudice amministrativo (Sezioni unite 20 ottobre 2020, n. 22811; 27 ottobre 2020, n. 23592; 27 ottobre 2020, n. 23596; 29 ottobre 2020, n. 23899; 30 ottobre 2020, n. 24103; 30 ottobre 2020, n. 24104; [30 ottobre 2020, n. 24107](#), 30 ottobre 2020, n. 24108; 10 novembre 2020, n. 25208).

2.7.- E’ evidente, allora, che l’[ordinanza](#) in commento invoca l’intervento della Corte di giustizia per avallare un orientamento minoritario e ormai superato delle Sezioni unite, volto a stravolgere l’assetto delle giurisdizioni disegnato dalla Costituzione italiana, che esclude il controllo nomofilattico della Corte di cassazione sulle sentenze del giudice amministrativo e del giudice contabile, costituenti plessi giurisdizionali autonomi e con propri organi di vertice aventi anche funzione nomofilattica (l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni riunite della Corte dei conti).

Tale intervento è però inammissibile, perché l’assetto delle giurisdizioni domestiche, consacrato in una norma costituzionale che caratterizza la struttura fondamentale dello Stato, non è e non può essere regolato dal diritto dell’Unione.

3. *Gli equivoci dell’[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#)*

3.1.- L’*iter* argomentativo dell’[ordinanza](#), a proposito della prima questione, è il seguente:

1) il giudice nazionale che faccia applicazione di norme nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell’Unione, come interpretate dalla Corte di giustizia, «esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione — per avere compiuto un’attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale — censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione»;

2) «[d]iversamente dalla sentenza affetta da semplice violazione di legge in fattispecie regolate dal diritto nazionale, ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, di regola (tranne in casi eccezionali), pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato, nelle controversie disciplinate dal diritto dell’Unione lo Stato ha rinunciato all’esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall’Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell’applicazione del diritto dell’Unione»;

3) «l’esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato tramite lo strumento del ricorso per cassazione è ineludibile fintanto che ciò sia possibile, come accade quando il giudicato non si sia ancora formato, essendo pendente il giudizio di impugnazione della sentenza amministrativa cui sia imputata quella violazione»;

²⁹ G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni alla giurisdizione: il contrasto tra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, cit.; F. FRANCIANO, *Quel pasticciaccio giusto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, cit.; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, cit.

4) a tale esigenza non può sopperire lo strumento della revocazione, sia per la sua configurazione attuale che per suoi non modificabili limiti strutturali, non potendosi escludere che «anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione»;

5) l'autonomia procedurale riconosciuta agli Stati membri, in base alla quale è rimessa ad essi l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, può essere invocata alla duplice condizione che le modalità prescelte non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività);

6) nel caso di specie, il principio di equivalenza non sarebbe rispettato, poiché nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale è ammesso il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, «cui si imputi di avere svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore», mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, sarebbero inammissibili i ricorsi per cassazione «volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia»;

7) nemmeno sarebbe rispettato il principio di effettività, poiché esso, inteso «non in astratto ma in concreto, in relazione al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale», imporrebbe un esame del merito della controversia.

Tutte queste considerazioni, pertanto, porterebbero a ritenere che l'estremo rimedio a tutela del diritto dell'Unione violato dai giudici amministrativi (e contabili) sia dato dal ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, senza che rilevi la sua ristretta conformazione voluta dalla Costituzione (a tutela della pluralità delle giurisdizioni), perché anche le norme costituzionali devono essere disapplicate se lesive dei principi di primazia ed efficacia diretta del diritto dell'Unione.

3.2.- Anche volendo prescindere dai rilievi svolti al paragrafo che precede, l'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#) si basa su presupposti logici (e in parte ideologici) erronei o assiomatici, smentiti dallo stesso diritto dell'Unione.

A) È chiaro, infatti, che il giudice nazionale, che decida una controversia violando una norma dell'Unione, non esercita affatto un'attività di produzione normativa, ma – molto semplicemente e al pari di quello che accade nel caso di violazione di una norma interna – erra nell'esercizio dell'attività giurisdizionale. La violazione del diritto dell'Unione – al pari della violazione del diritto interno – è, purtroppo, un'evenienza possibile, perché la giustizia è somministrata dagli uomini e non dagli dei (ammesso che anch'essi non sbagliano), e per fare fronte a tale evenienza ogni ordinamento appresta degli strumenti processuali (le impugnazioni), esauriti i quali al cittadino spetta l'azione risarcitoria, anche per la violazione del diritto comunitario (Corte di giustizia, prima sezione, 4 aprile 2020, Telecom Italia spa, C- 34/19, punti 53-71; Corte di giustizia, quarta sezione, 29 luglio 2009, Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe, C- 620/17, punti 50-65; Corte di giustizia, 30 settembre 2004, C-224/01, Kobler contro Repubblica d'Austria, punti 38 – 40).

B) Nelle materie interessate dal diritto dell'Unione il potere giurisdizionale non esiste affatto «esclusivamente» in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione. La giurisdizione esiste – sempre e solo – in funzione della risoluzione delle controversie tra cittadini: il ruolo del giudice nell'ordinamento, pertanto, non cambia ove alla regola di giudizio che deve somministrare per la risoluzione della controversia concorra l'applicazione del diritto dell'Unione³⁰.

³⁰ Per dirla con le parole delle stesse Sezioni unite: «La funzione interpretativa (del diritto UE) riservata dall'art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia e la vincolatività che deriva dalla pronuncia adottata dalla stessa Corte non può dunque confondersi con la funzione giurisdizionale riservata al giudice nazionale anche quando è in discussione una controversia

C) Se è vero che anche il giudice della revocazione (ove si ammetta, *de iure condendo*, che in tale sede si possa porre riparo all'errore) potrebbe violare il diritto dell'Unione, davvero non si capisce perché tanto non possa accadere anche al giudice della giurisdizione. Qualsiasi giudice può errare e violare la norma interna o comunitaria, ivi compresa – ovviamente – la Cassazione in sede di ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, ma non per questo nessuno – fino ad ora – si è mai sognato di affermare che eventuali violazioni di legge (europee e non) da parte della Cassazione stessa siano sindacabili con inesistenti strumenti di impugnazione ovvero stravolgendo quelli già esistenti (come il ricorso per conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte costituzionale³¹).

D) La materia amministrativa non è affatto ripartita tra giudici amministrativi e giudici ordinari sulla base di scelte del legislatore «discrezionali e variabili nel tempo»³²: la Costituzione affida al giudice ordinario la cognizione dei diritti soggettivi e al giudice amministrativo quella degli interessi legittimi³³, ossia delle posizioni giuridiche sostanziali che dialogano con l'esercizio del potere, vincolato o discrezionale che sia ([Corte costituzionale sentenze n. 6 del 2018](#), punto n. 18, e [sentenza n. 140 del 2007](#)), e tale non variabile (se non a mezzo di revisione costituzionale) ripartizione vincola – ovviamente – sia il legislatore che l'interprete.

3.3.- In secondo luogo, la tesi portante dell'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#) è che è incompatibile con il diritto comunitario la norma ordinamentale e processuale dettata in Costituzione (art. 111, ottavo comma), secondo cui nel giudizio amministrativo, ove vi sono due gradi di giudizio di fatto e di legittimità, il giudizio di cassazione è limitato ai motivi inerenti alla giurisdizione, che non investono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*, e ciò quale logica conseguenza della pluralità organizzativa delle giurisdizioni.

Fermo restando quanto si è già detto sulla natura fondante e fondamentale di tale regola, la tesi delle Sezioni unite è fallace anche se riguardata sotto il semplice aspetto “processuale”, perché la scelta di quanti e quali gradi di giudizio assicurare alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive (anche) comunitarie è, secondo la giurisprudenza della stessa Corte di giustizia, rimessa agli Stati membri, quale chiara espressione della loro *autonomia procedurale*: «spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario», dal momento che «il Trattato non ha comunque inteso creare mezzi d'impugnazione esperibili dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale»³⁴, e tale discrezionalità, ovviamente, attiene anche alla

per la quale rileva il diritto UE, al cui interno si inserisce il rinvio pregiudiziale: al giudice nazionale appartiene in via esclusiva il potere sia di interpretare il diritto interno – cfr. Corte Giust., 19 marzo 1964, causa 75/63, Unger, Racc. pag. 349, in particolare pag. 366; Corte Giust., 26 settembre 1996, causa C-341/94, Allain, punto 11, Corte Giust., 10 gennaio 2019, n. 97/18 – rendendolo conforme al diritto UE, salvo i poteri di disapplicazione ove esercitabili; sia di applicare il diritto UE come interpretato dalla Corte di Giustizia nel caso concreto – Corte Giust., 7 dicembre 1995, causa C-45/94, Cemara de Comercio, Industria y Navegacion de Ceuta, punto 26 – non spettando tale potere alla Corte di Giustizia – cfr. Corte Giust. 15 luglio 1964, Van der Vewen, C100/63; Corte Giust., 10 luglio 2008, Feryn, C-54/07, p.19)» ([Sezioni unite, 30 ottobre 2020, n. 24107](#), successiva all'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#)).

³¹ M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit., osserva che, a seguire il ragionamento della Cassazione, «anche il giudice della giurisdizione dovrebbe rimanere estraneo al *genus* dei giudici di ultima istanza, non essendo escluso che le sue sentenze divengano oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte costituzionale. Anzi, se fosse corretto il ragionamento della Cassazione si potrebbe dire che *mutatis mutandis* il Consiglio di Stato, con un conflitto di attribuzioni, e chiedendo, se del caso, al giudice costituzionale di sollevare pregiudiziale eurounitaria, potrebbe a sua volta sempre censurare una pronuncia del giudice della giurisdizione perché ha violato il diritto UE o ha immotivatamente omesso di sollevare la pregiudiziale eurounitaria, prendendo a pretesto, così come hanno fatto le Sezioni Unite, una questione che attiene ai confini dei rispettivi poteri».

³² [Punto n. 44 dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale](#).

³³ E, in alcuni casi, a condizione che vi sia una inestricabile connessione con i primi, anche dei diritti soggettivi (Corte costituzionale, [sentenze n. 6 del 2018](#), [n. 191 del 2006](#) e [n. 204 del 2004](#)).

³⁴ Corte di giustizia, Grande sezione, 13 marzo 2007, Unibet, C-432-05: «39. Occorre altresì ricordare che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro

conformazione dei motivi di ricorso per cassazione: «27. Il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri, conformemente al principio dell'autonomia processuale, limitino o subordinino a condizione i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza» (Corte di giustizia, sezione prima, 17 marzo 2016, Abdelhafid Bensada Benallal, C-161/15).

Destinato al fallimento sembra il tentativo dell'[ordinanza](#) di dimostrare il mancato rispetto di tali principi, che condizionano il libero esplicarsi dell'autonomia procedurale.

La norma costituzionale, infatti, assicura senz'altro il principio di equivalenza, poiché il ricordato assetto processuale (due gradi di giudizio pieno e ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione) *vale per tutte le posizioni giuridiche affidate alla tutela del giudice amministrativo, sia che originino da norme interne sia che nascano da norme dell'Unione*³⁵.

Come si è visto, l'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#), al fine motivare la violazione del principio di equivalenza, assume che l'ordinamento interno consentirebbe il ricorso per motivi inerenti alla

designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze citate Rewe, punto 5; Comet, punto 13; Peterbroeck, punto 12; 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage e Crehan, Racc. pag. I-6297, punto 29, nonché 11 settembre 2003, causa C-13/01, Safalero, Racc. pag. I-8679, punto 49). 40 Infatti, nonostante il Trattato CE abbia istituito un certo numero di azioni dirette che possono essere eventualmente esperite dai singoli dinanzi al giudice comunitario, *detto Trattato non ha comunque inteso creare mezzi d'impugnazione esperibili dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale* (sentenza 7 luglio 1981, causa 158/80, Rewe, Racc. pag. 1805, punto 44). 41. La situazione sarebbe diversa solo se risultasse dall'economia dell'ordinamento giuridico nazionale in questione che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1976, Rewe, cit., punto 5, e sentenze citate Comet, punto 16, nonché Factortame e a., punti 19-23). 42 Pertanto, anche se in via di principio spetta al diritto nazionale determinare la legittimazione e l'interesse ad agire di un singolo, il diritto comunitario richiede tuttavia che la normativa nazionale non leda il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale (v., in particolare, sentenze 11 luglio 1991, cause riunite da C-87/90 a C-89/90, Verholen e a., Racc. pag. I-3757, punto 24, e Safalero, cit., punto 50). Spetta infatti agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto di tale diritto (sentenza Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio, cit., punto 41). 43. A tale riguardo, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano *ricorsi analoghi* di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenza 16 dicembre 1976, Rewe, cit., punto 5, e sentenze citate Comet, punti 13-16; Peterbroeck, punto 12; Courage e Crehan, punto 29; Eribrand, punto 62, nonché Safalero, punto 49)». I medesimi principi sono riaffermati da Corte di giustizia, Grande sezione, 24 ottobre 2018, XC, C-234/17. Si vedano, in particolare, i punti 22 [*In effetti, in ossequio al principio di cooperazione leale, sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)*] (v., in questo senso, sentenze del 16 dicembre 1976, Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral, 33/76, EU:C:1976:188, punto 5; del 14 dicembre 1995, Peterbroeck, C-312/93, EU:C:1995:437, punto 12; del 15 aprile 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 46, nonché del 27 giugno 2013, Agrokonsulting-04, C-93/12, EU:C:2013:432, punto 36)», 23 [*I dettami di questi principi valgono sia sul piano della designazione dei giudici competenti a trattare le azioni fondate su tale diritto, sia per quanto riguarda la definizione delle modalità procedurali che reggono tali azioni*] (v., in questo senso, sentenze del 15 aprile 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 47, e del 27 giugno 2013, Agrokonsulting-04, C-93/12, EU:C:2013:432, punto 37)» e 51 [*In proposito va rilevato che il Trattato FUE non ha inteso obbligare gli Stati membri ad istituire, per salvaguardare i diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, mezzi d'impugnazione, esperibili dinanzi ai giudici nazionali, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale*] (v., in questo senso, sentenza del 13 marzo 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punto 40 e giurisprudenza citata)»].

³⁵ Corte di giustizia, prima sezione, 17 marzo 2016, Abdelhafid Bensada Benallal, C-161/15: «[s]i deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, il principio di equivalenza presuppone che la norma nazionale controversa si applichi indifferentemente ai ricorsi fondati sui diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione e a quelli fondati sull'inosservanza del diritto interno aventi un oggetto e una causa *analoghi* (sentenza del 27 giugno 2013, Agrokonsulting-04, C-93/12, EU:C:2013:432, punto 39). Il rispetto di tale principio presuppone un pari trattamento dei ricorsi basati su una violazione del diritto nazionale e di quelli, analoghi, basati su una violazione del diritto dell'Unione (sentenza del 6 ottobre 2015, Târșia, C-69/14, EU:C:2015:662, punto 34)».

giurisdizione per l'analogia ipotesi di invasione, ad opera del giudice, della sfera riservata al legislatore nazionale.

Tale *tertium comparationis* invocato dall'[ordinanza](#) è tuttavia *eccezionale* (se non teorico) ed eccentrico (se non pretestuoso), per ciò solo incongruo ed *inidoneo*, secondo la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia³⁶, a fungere da grimaldello per l'applicazione del principio di equivalenza.

Basti ricordare, al riguardo, che per le stesse Sezioni unite è «chiara la implausibilità del tentativo di configurare un eccesso di potere a danni del legislatore rinvenendolo in una attività di individuazione interpretativa. È stata anche di recente affermata da queste Sezioni Unite (Cass., S.U., n. 20698 del 2013; Cass., S.U., n. 24411 dei 2011; Cass., S.U., n. 2068 del 2011) la non configurabilità del preteso eccesso di potere le volte in cui il Giudice speciale od ordinario individui una *regula juris* facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile attraverso la consueta attività di interpretazione anche analogica del quadro delle norme. Si è in particolare ricordato che, con riguardo ai limiti al sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo affatto teorico, in quanto – dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata – detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolvendosi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto (Cass., S.U., n. 20698 dei 2013, cit.)» (Cass. civ., Sezioni unite, 23 dicembre 2014, n. 27341)³⁷.

Il vero *tertium comparationis*, quindi, non è l'ipotesi eccezionale, se non meramente teorica, dell'invasione della sfera legislativa, *niente affatto analoga* alla violazione del diritto comunitario, ma la ordinaria ipotesi della violazione di legge interna, sostanziale e processuale, che non è sindacabile per motivi inerenti alla giurisdizione.

Quanto al principio di effettività, un sistema processuale che assicura un doppio grado di giudizio pieno (di fatto e di legittimità), un ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, la revocazione (ordinaria e straordinaria) l'opposizione di terzo e il giudizio di ottemperanza, nonché, a sua chiusura, ulteriori tre gradi di giudizio (più la revocazione) per fare valere l'eventuale azione risarcitoria per violazione del diritto dell'Unione³⁸, in nessun modo può ritenersi che impedisca l'esame del merito

³⁶ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia riportate alle note precedenti, ove il termine di comparazione viene individuato nei «ricorsi *analoghi* di natura interna».

³⁷ Per una ipotesi in cui le Sezioni unite hanno escluso che la violazione del diritto dell'Unione sia sindacabile quale sconfinamento nell'attività legislativa si veda la sentenza 17 gennaio 2017, n. 956. Più in generale, sulla eccezionalità della c.d. invasione della sfera legislativa, si vedano, tra le altre, le decisioni delle Sezioni unite, 15 aprile 2020, n. 7839; 19 marzo 2020, n. 7453; 13 marzo 2020, n. 7215; 14 gennaio 2020, n. 413; 20 aprile 2017, n. 9967; 10 aprile 2017, n. 4094; 27 marzo 2017, n. 7758; 21 marzo 2017, n. 7157; 1° febbraio 2016, n. 1840; 21 novembre 2011, n. 24411. Sulla rara ipotesi dell'invasione del potere giurisdizionale nei confronti del potere legislativo si veda anche l'[ordinanza n. 334 del 2008 della Corte costituzionale](#), la quale esclude che la selezione e l'utilizzo del materiale normativo rilevante per la decisione (gli *errores in iudicando*) possano ricondursi a «meri schemi formali per esercitare» «funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo del Parlamento».

³⁸ *Ex multis*, Sezioni unite, 4 febbraio 2014, n. 2403: «Certo, può accadere che la decisione del giudice amministrativo di ultima istanza contenga una violazione del diritto comunitario in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione. Ma il principio di effettività della tutela in presenza di danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili al giudice amministrativo di ultima istanza non impone né di riaprire quella controversia ormai definitivamente giudicata negli aspetti di merito né di attribuire alla parte soccombente un nuovo grado di impugnazione dinanzi al giudice regolatore della giurisdizione al fine di rimediare ad un errore che, pur "sufficientemente caratterizzato", non si traduca in uno sconfinamento dai limiti della giurisdizione devoluta al giudice amministrativo. L'ordinamento conosce infatti, là dove la violazione del diritto comunitario sia grave e manifesta, altri strumenti di tutela, secondo una logica di compensazione solidaristica»; nello stesso senso, tra le tante, Sezioni unite, 17 novembre 2015, n. 23460: «Del resto l'ordinamento giuridico interno assicura comunque un'effettività di tutela rispetto al pregiudizio ipoteticamente subito a fronte della lesione di un diritto riconosciuto dal Trattato europeo, ben potendo il preteso danneggiato ottenere il relativo ristoro in sede risarcitoria (Cass. S.U. 5 luglio 2013 n. 16886)»: nonché Sezioni unite, 4 febbraio 2014, n. 2403 e 5 luglio 2013, n. 16886. Si vedano anche F. DINELLI - G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione - La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*, cit.

delle pretese basate su quel diritto, e quindi renda impossibile o eccessivamente difficile il loro esercizio.

Non è un caso che l'[ordinanza di rinvio](#) – *confondendo i piani* – citi la non pertinente sentenza Lombardi, secondo cui il principio di effettività è minato dalle norme processuali (sulla legittimazione e sull'interesse ad agire) che comportano la preclusione *totale* dell'esame del merito del ricorso principale, ossia dalla radicale *assenza* di un rimedio giurisdizionale³⁹, *che è cosa ben diversa* dalla norma ordinamentale e processuale che nella materia amministrativa affida a due gradi di giudizio il sindacato da parte del giudice amministrativo sulla violazione delle norme sostanziali e processuali, con conseguente esclusione del ricorso per cassazione.

La violazione del principio di effettività, cioè, può essere ascritta – secondo la Corte di giustizia – alle norme interne processuali sulle condizioni dell'azione (per come in passato interpretate in alcuni arresti del giudice amministrativo), ma di certo *non alla norma ordinamentale che stabilisce quanti e quali giudici possono somministrare quelle regole* (e le altre, processuali e sostanziali).

Ancora una volta, se il giudice amministrativo ha purtroppo nel caso specifico violato il diritto dell'Unione, quest'ultimo *non impone la creazione di un nuovo rimedio processuale*, per di più con la conseguente attribuzione della controversia ad un giudice diverso da quello prescelto dall'ordinamento interno in applicazione di una regola fondante e fondamentale dell'assetto organizzativo delle giurisdizioni, ma impone di assicurare *l'azione risarcitoria*⁴⁰: esattamente quello che accade ove a violare il diritto dell'Unione sia la Corte di cassazione.

3.4.- Con specifico riferimento alla seconda questione pregiudiziale, poi, le Sezioni unite, con una ulteriore fuga in avanti, mettono in dubbio la loro stessa granitica giurisprudenza mai fino ad ora contraddetta (neanche dalle pronunce adesive alla teoria della giurisdizione dinamica), secondo cui il sindacato sulla giurisdizione del giudice speciale «non include il controllo sull'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia»⁴¹, trattandosi di mero *error in procedendo* interno alla giurisdizione amministrativa, e non consente alla Corte di cassazione di operare essa stessa il rinvio pregiudiziale, essendo il Consiglio di Stato, «in quanto *organo di vertice nell'ordinamento giurisdizionale di appartenenza*»⁴², il *giudice di ultima istanza* ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, cui spetta garantire, nello specifico ordinamento di settore, la compatibilità del diritto interno a quello dell'Unione⁴³ (principio ribadito, anche dopo l'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#), da [Sezioni unite, 30](#)

³⁹ Così la Corte di giustizia, Grande sezione, 13 marzo 2007, Unibet, C-432-05, riportata alla nota 36.

⁴⁰ A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit., «La circostanza che l'ordinamento nazionale non avesse prodotto una decisione giurisdizionale conforme al diritto dell'Unione può costituire un titolo di responsabilità, ma non può introdurre un grado di giudizio non ammesso dall'ordinamento interno, anzi, nel nostro caso, non ammesso da una norma costituzionale. Il ragionamento può forse non apparire di piena evidenza se si considera solo il modello italiano, che ammette uno spazio, peraltro puntualmente circoscritto, per il ricorso alla Cassazione contro le sentenze in ultimo grado del giudice amministrativo, ma può risultare più chiaro se si considerano anche *altri ordinamenti, come quello francese, che non consente ricorsi, tanto meno alla Corte di cassazione, contro le decisioni del Conseil d'État*».

⁴¹ Sezioni unite, 17 novembre 2015, n. 23460.

⁴² Sezioni unite, 1° marzo 2012, n. 3236.

⁴³ Tra le tante pronunce delle Sezioni unite si vedano: 6 marzo 2020, n. 6460, secondo cui «[n]eppure può accedersi alla richiesta di rinvio pregiudiziale: la quale inutilmente si fonda (Cass. Sez. U. 22/5/2017, n. 12796) sulla denuncia dei medesimi vizi dedotti nei mezzi di censura ed attinenti alle modalità con le quali il Consiglio di Stato ha esercitato la propria giurisdizione nell'interpretazione delle norme alla stregua dei parametri Europeo e costituzionale: da un lato, tale richiesta così postula la soluzione, in senso favorevole alla ricorrente, di questioni sulle quali, come si è appena detto, questa Corte è priva di potestà di sindacato e sarebbe quindi non pertinente (o, con terminologia nazionale, irrilevante); e, dall'altro lato, difetta in radice il potere di questa Corte di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, omesso dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata, siccome spetta a queste Sezioni Unite solo di vagliarne il rispetto dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione Europea su cui possano ipotizzarsi quesiti interpretativi (Cass. Sez. U. 08/07/2016, n. 14042; Cass. Sez. U. 19/09/2017, n. 21617)»; nonché Sezioni unite, 18 dicembre 2018, n. 32622; 15 novembre 2018, n. 29391; 17 dicembre 2017, n. 30301; 17 gennaio 2017, n. 956; 14 dicembre 2016, n. 2403; 20 maggio 2016, n. 10501; 8 luglio 2016, n. 14042;

[ottobre 2020, n. 24107](#), secondo cui «la questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia costituisce elemento processuale interno al processo, senza che essa risulti suscettibile di divenire oggetto di autonoma valutazione nell'ambito del sindacato di cui all'art. 111 Cost., comma 8»).

E' peraltro ovvio che tale seconda questione pregiudiziale è intimamente legata alla prima, perché, una volta ritenuta la non incompatibilità con il diritto comunitario della limitazione del ricorso per cassazione ai soli motivi inerenti alla giurisdizione con esclusione del controllo sulla violazione di legge sostanziale e processuale (anche comunitaria), l'organo giurisdizionale avverso le cui decisioni può proporsi un ricorso di diritto interno volto a fare valere i diritti nascenti dall'ordinamento europeo (*id est* il giudice di ultima istanza) è, ai sensi della ricordata norma del Trattato, il Consiglio di Stato e non la Corte di cassazione a Sezioni unite.

4. *Riflessioni conclusive*

Sembra chiaro, a questo punto, che i due quesiti pregiudiziali in esame, oltre a poggiare su argomenti logici e giuridici contraddetti dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (e della Corte di cassazione), si risolvono, in realtà, nell'estremo tentativo di un pugnace orientamento giurisprudenziale (prima minoritario e) ormai *isolato* di sovvertire – in questa sede limitatamente all'ipotesi di violazione del diritto comunitario – l'assetto plurale delle giurisdizioni scolpito nella legge e nella Costituzione della Repubblica italiana, assetto che rappresenta – piaccia o meno – una cruciale scelta di fondo dell'organizzazione giudiziaria rimessa alla libera determinazione degli Stati membri.

È peraltro intuibile che, per ragioni di equivalenza tra situazioni giuridiche di diritto interno e situazioni giuridiche protette dal diritto dell'Unione, l'inopinato scenario auspicato dall'[ordinanza di rinvio pregiudiziale](#) comporterebbe il rischio dell'estensione del ricorso per motivi di giurisdizione anche alle violazioni di legge nazionale del giudice amministrativo e contabile.

Il vero è, allora, che la teoria della giurisdizione dinamica non è nient'altro che una poco originale bizzarria linguistica e un ormai neanche più celato *escamotage* per introdurre, in via pretoria e in contrasto (non con una «prassi giurisprudenziale domestica») ma con la Costituzione e la legge, un sistema di *giurisdizione unica* avente nella Corte di cassazione il suo esclusivo organo di vertice⁴⁴.

Avendo ricevuto la ferma bocciatura della Corte costituzionale, i suoi fautori hanno deciso di giocare l'ultima carta, sperando in un intervento della Corte di giustizia che li rimetta in pista, senza curarsi di avere esposto, per la prima volta nella storia della Repubblica, una norma della Costituzione al giudizio di compatibilità comunitaria e riaperto uno scontro tra istituzioni del quale non si sentiva affatto il bisogno⁴⁵.

Si confida, tuttavia, che la Corte di giustizia, confermando la sua giurisprudenza, respinga i dubbi avanzati nell'isolata [ordinanza delle Sezioni unite](#) (e l'inopportuno tentativo di trascinarla in una non commendevole vicenda, che in realtà – nonostante i soliti proclami e qualche non convincente *endorsement* di rito – ha poco a che fare con il diritto dell'Unione e la sua effettività⁴⁶), evitando così

8 luglio 2016, n. 14042; 17 novembre 2015, n. 23460; 4 febbraio 2014, n. 2403; 20 gennaio 2014, n. 1013; 05 luglio 2013, n. 16886; 1° marzo 2012, n. 3236.

⁴⁴ M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit.; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit.

⁴⁵ Si vedano, sul punto, R. BIN, cit.; B. CARAVITA, *La cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo? Postilla di*, in [Federalismi.it](#), 4 novembre 2020. Osserva A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit.: «E' però significativo che, per cercare di superare un'affermazione della Corte costituzionale, le sezioni unite della Cassazione abbiano fatto ricorso alla medesima tecnica e abbiano deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia. Lo hanno fatto - e questo aspetto mi lascia molto perplesso - con una ordinanza che non dà atto delle ragioni contrarie della Corte costituzionale e descrive come "prassi giurisprudenziale" l'orientamento che attraverso l'intervento della Corte di giustizia si vorrebbe superare».

⁴⁶ M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit.: «La Corte di giustizia non dovrebbe neanche sottovalutare i pericoli di una possibile strumentalizzazione del suo ruolo di garante del diritto UE per ragioni

di mettere i giudici della Consulta nella condizione di attivare i controlimiti⁴⁷ per difendere la scelta costituzionale di fondo della pluralità delle giurisdizioni.

che potrebbero soltanto avere a che fare con questioni interne agli ordinamenti nazionali, e nel caso di specie con conflitti che interessano i massimi organi giurisdizionali del sistema italiano, ed in particolare uno di questi organi, la Cassazione, che sembrerebbe mirare alla riaffermazione, dopo più di un secolo, della giurisdizione unica. A maggiore ragione poi se sei considera che si tratterebbe di derogare all'ordinamento costituzionale italiano, per come interpretato dalla Corte costituzionale, e che, come abbiamo visto, assegna alla Cassazione il solo compito di regolatore della giurisdizione, non anche la veste di giudice di terzo grado delle pronunce dei giudici speciali»; R. BIN, cit.

⁴⁷ G. TROPEA, *Il Golem europeo e "i motivi inerenti alla giurisdizione"*, cit.; R. BIN, cit.: «Se la Corte di giustizia cadrà nella trappola, accettando oltretutto di occuparsi di una questione che è palesemente di esclusivo diritto interno, Taricco non resterà un caso isolato».

Alessandra Prozzo*

**L'estensione oggettiva e soggettiva del conflitto di attribuzioni tra enti:
la sindacabilità degli atti degli ordini professionali e l'ammissibilità del loro intervento nel
giudizio innanzi alla Corte costituzionale****

ABSTRACT: *In the last few years, the features of the objective and subjective elements of the conflicts of attribution between the State and the Regions have changed as a result of the jurisprudence of the Constitutional Court which widened the range of enactments that can be challenged before it. The Court in its decision no. 259/2019 annulled an act adopted by a professional order and allowed its intervention in the trial. The paper analyzes the critical aspects of this decision.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La [sentenza n. 259 del 2019](#). L'ammissibilità del conflitto sulla base delle "funzioni" svolte dagli ordini professionali. – 3. *Segue*. La legittimazione degli ordini professionali ad "intervenire" in giudizio. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Negli ultimi anni si è assistito ad un incremento quantitativo e, soprattutto, "qualitativo"¹, dei giudizi per conflitti di attribuzione. A tale incremento corrisponde una costante evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, come sembra testimoniare la [sentenza n. 259 del 2019](#). La pronuncia definisce un conflitto di attribuzioni intersoggettivo e, se da un lato è collocabile nel solco della giurisprudenza costituzionale che già tendeva ad una "espansione"² del conflitto, dall'altro ha introdotto dei significativi elementi di novità che sembrano potersi riflettere, problematicamente, sulla complessiva dilatazione dei confini del giudizio sui conflitti costituzionali tra Enti.

Con questa decisione la Corte ha, in primo luogo, stabilito l'imputabilità allo Stato degli atti di un ordine professionale e, di conseguenza, ne ha ammesso la sindacabilità in sede di conflitto di attribuzioni, sviluppando in questa direzione un criterio incentrato sulle "funzioni" svolte da tali enti. In secondo luogo, la Corte ha ritenuto ammissibile l'intervento di un ordine professionale nel giudizio costituzionale.

Occorre premettere che gli aspetti innovativi – e problematici - della pronuncia sono diretta conseguenza della formulazione delle disposizioni, costituzionali e legislative, che con poca chiarezza regolano in generale entrambi i tipi di conflitti di attribuzione (interorganico e intersoggettivo)³.

Come sottolineato da autorevole dottrina, con specifico riferimento ai conflitti tra poteri dello Stato, infatti, l'incertezza che avvolge lo strumento attiene alla portata di "tutte le nozioni con le quali ha a che fare la teoria dei conflitti", nonché alla "mancanza pressoché completa di elementi teorici univoci"⁴. L'art. 134 Cost. e le disposizioni di cui agli artt. 37 ss. della legge 11 marzo 1953, n. 87, in effetti, menzionano concetti – quali, ad esempio, "invasione di competenza", "potere dello Stato",

* *Dottoranda di Ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli studi Roma Tre.*

** *Contributo sottoposto a referaggio.*

¹ F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri*, Torino, Giappichelli, 2019.

² F.F. PAGANO, *La "massima espansione" del conflitto di attribuzione tra lo Stato e le Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 3188.

³ In E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 203, si ricorda che l'art. 134 Cost. è stato più volte definito "norma in bianco" proprio a causa dei suoi "profili di genericità e indeterminazione".

⁴ R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, 1996, 1.

“atto” – senza specificarli concretamente, cosicché proprio i “termini chiave del giudizio sui conflitti”⁵ risultano indefiniti.

Secondo alcuni autori, il legislatore non avrebbe meglio precisato gli elementi dei conflitti di attribuzione in quanto questi ultimi costituiscono uno strumento residuale, di “chiusura del sistema costituzionale, regolando ai sommi livelli i confini tra il mondo del diritto ed il mondo della politica”⁶. Proprio tale caratteristica non si concilierebbe con la precisione concettuale⁷, tanto che neanche la Corte ha fornito definizioni concrete dei concetti richiamati nelle disposizioni preferendo piuttosto adottare un approccio decisorio “caso per caso”, in modo da non correre il rischio di circoscrivere eccessivamente le possibilità di instaurare il giudizio e di compromettere così la sua funzione⁸.

La Corte, perciò, ha dovuto svolgere un’importante opera interpretativa con la quale ha individuato, volta per volta, quali soggetti potessero essere considerati “poteri dello Stato” e quali gli “atti” ad essi attribuibili suscettibili di produrre una “lesione di competenza” specificando i casi in cui quest’ultima fosse ravvisabile. È evidente, quindi, come la disciplina dei conflitti si arricchisca anche dell’interpretazione compiuta dalla giurisprudenza costituzionale.

Queste considerazioni possono essere estese anche ai conflitti di attribuzione intersoggettivi, rispetto ai quali la giurisprudenza costituzionale ha parimenti contribuito alla precisazione degli elementi che lo contraddistinguono sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo.

A questo proposito, la [sentenza n. 259 del 2019](#) ha concorso notevolmente all’evoluzione dello strumento, sebbene non sia esente da risvolti problematici di cui si dirà nel prosieguo.

2. La [sentenza n. 259/2019](#). L’ammissibilità del conflitto sulla base delle “funzioni” svolte dagli ordini professionali.

Il caso di cui alla [sentenza n. 259 del 2019](#) è stato originato dall’impugnazione, da parte della Regione Emilia-Romagna, dell’atto dell’Ordine provinciale dei medici chirurghi e degli odontoiatri di Bologna con il quale si radiava dall’albo un medico per aver proposto e concorso ad adottare, in qualità di assessore regionale, una delibera della Giunta regionale sgradita all’Ordine professionale. La Regione ha sollevato conflitto di attribuzione tra enti chiedendo alla Corte costituzionale l’annullamento di tale sanzione disciplinare, poiché l’Ordine con essa non avrebbe inteso colpire un comportamento del medico rilevante sul piano disciplinare, bensì la condotta politico-amministrativa dell’assessore, ledendo in tal modo le prerogative di quest’ultimo e, simultaneamente, quelle della Giunta regionale “in ragione del rapporto di immedesimazione organica dell’assessore con la stessa”, nella materia di potestà concorrente della tutela della salute⁹.

La Corte costituzionale ha accolto il ricorso presentato dalla Regione Emilia-Romagna ed ha annullato il provvedimento che irrogava la sanzione nei confronti dell’assessore, in quanto ritenuto lesivo delle competenze regionali.

Tuttavia, occorre rilevare che l’art. 39 della l. n. 87/1953¹⁰ letteralmente prevede che possono essere oggetto del giudizio di attribuzioni solo gli atti adottati dallo Stato o dalle Regioni cosicché, come anticipato in apertura, la Corte ha introdotto un criterio nuovo, portato ad ulteriori sviluppi con

⁵ R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 2

⁶ R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 3. Per quanto riguarda i conflitti intersoggettivi, in particolare, si ritiene che questi costituiscano uno strumento residuale rispetto al giudizio di legittimità costituzionale in via principale, predisposto dall’ordinamento al fine di consentire la tutela da qualsiasi atto (diverso dalla legge), ritenuto lesivo di competenze costituzionalmente attribuite. In tal senso, A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, 682.

⁷ R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 4.

⁸ In tal senso, R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 3.

⁹ [Corte cost., sent. n. 259 del 2019](#), punto 1 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Art. 39, comma 1, l. n. 87 del 1953: «Se la Regione invade con un suo atto la sfera di competenza assegnata dalla Costituzione allo Stato ovvero ad altra Regione, lo Stato o la Regione rispettivamente interessata possono proporre ricorso alla Corte costituzionale per il regolamento di competenza. Del pari può produrre ricorso la Regione la cui sfera di competenza costituzionale sia invasa da un atto dello Stato.»

la pronuncia in oggetto, al fine di giustificare l'ammissibilità del conflitto. Tale criterio, però, sembra contrastare¹¹ con l'orientamento secondo il quale la nozione di "Stato" di cui all'art. 39 l. n. 87/1953, relativo ai conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni, debba intendersi riferibile alle stesse articolazioni di esso che costituiscono i "poteri dello Stato"¹². In base al suddetto orientamento, infatti, la legittimazione a sollevare conflitto di attribuzioni – sia esso tra poteri dello Stato o tra enti - è riservata agli stessi soggetti individuati dall'art. 37 della l. n. 87/1953 relativamente al conflitto interorganico, ossia agli "organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono e per la sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali". Dunque, sarebbero legittimati al conflitto solo gli organi che, secondo quanto specificato dalla giurisprudenza della Corte relativa alla disposizione in esame, siano almeno menzionati dalla Costituzione, la cui sfera di attribuzioni sia stabilita da norme costituzionali¹³ e che compiano atti in posizione di autonomia ed indipendenza, esprimendo proprio tali organi la volontà definitiva del potere cui appartengono. Gli ordini professionali, invece, non sono richiamati nel testo della Costituzione e, di conseguenza, non godono di una sfera di attribuzioni costituzionalmente individuata; non si tratterebbe, quindi, di soggetti ascrivibili alla nozione di potere dello Stato ed i loro atti non sembrano poter costituire oggetto di conflitto di attribuzione.

Nel caso di cui alla [sentenza n. 259 del 2019](#), pertanto, trattandosi di un atto adottato da un soggetto non qualificabile quale "potere dello Stato", la Corte ha dovuto ricorrere ad un criterio diverso per affermarne l'imputabilità, ossia considera le "funzioni pubbliche" svolte dall'ente che lo ha adottato e, sulla base di ciò, stabilire l'ammissibilità del conflitto. Secondo la Corte, infatti, il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Ordine dei medici è riferibile allo Stato in quanto gli ordini professionali costituiscono enti pubblici non economici preposti dallo Stato stesso a garanzia del "corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività"¹⁴. Ad essi, quindi, lo Stato ha affidato la protezione di un interesse pubblico che ha una "dimensione nazionale", unitaria ed inerente, per quanto riguarda l'Ordine dei medici, alla tutela della salute.

In questo modo, la Corte sembra operare una distinzione tra la nozione di "potere dello Stato" e quella di "Stato" di cui, rispettivamente, agli artt. 37 e 39 della l. n. 87/1953: nella prima rientrerebbero gli organi riferiti allo Stato-persona, cioè all'organizzazione autoritaria centralizzata e giuridicamente personificata¹⁵, mentre nella seconda sarebbe ricompreso anche lo Stato come "sistema ordinamentale", comprensivo degli enti pubblici "distinti dallo Stato in senso stretto, ma con esso posti in rapporto di strumentalità in vista dell'esercizio, in forme diverse, di tipiche funzioni statali"¹⁶. L'accezione di "Stato" di cui all'art. 134 Cost., quindi, sarebbe più ampia qualora impiegata "nella prospettiva dei rapporti con il sistema regionale"¹⁷, in quanto comprenderebbe il "sistema ordinamentale"¹⁸ complessivo quale "conglomerato di enti, legati tra loro da precisi vincoli funzionali e di indirizzo, destinati ad esprimere, nel confronto dialettico con il sistema regionale, le esigenze unitarie imposte dai valori supremi tutelati dall'art. 5 Cost."¹⁹

¹¹ F.F. PAGANO, *La "massima espansione"*, cit., 3194, afferma che la Corte "sembra superare" tale precedente orientamento.

¹² E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 224.

¹³ Il parametro secondo la giurisprudenza costituzionale può essere costituito anche da leggi e decreti legislativi purché immediatamente attuativi o integrativi della Costituzione.

¹⁴ [Corte cost., sent. n. 259 del 2019](#), punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 241

¹⁶ [Corte cost., sent. n. 31 del 2006](#), punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ [Corte cost., sent. n. 31 del 2006](#), punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ [Corte cost., sent. n. 72 del 2005](#), punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ [Corte cost., sent. n. 31 del 2006](#), punto 2 del *Considerato in diritto*. La Corte aveva già adottato una motivazione analoga nella [sent. n. 313 del 2001](#), ove aveva ammesso la sindacabilità di atti e comportamenti dell'ANAS in quanto sarebbe "un ente strumentale dello Stato, al quale lo stesso Stato aveva in precedenza affidato la gestione delle strade statali e di tutti i rapporti relativi alle stesse". Si tratterebbe quindi di un "ente facente parte del sistema ordinamentale statale", pertanto gli atti da esso posti "sono - sul piano dei rapporti Stato-Provincia autonoma - imputabili allo Stato, che ne mantiene la titolarità, e sono suscettibili di essere impugnati con ricorso per conflitto di attribuzione".

Tuttavia, ai fini dell'ammissibilità del conflitto di attribuzione, riferire un atto allo Stato sulla base del fatto che chi lo adotta svolge "funzioni pubbliche di tutela di interessi pubblici unitari", appare un'operazione foriera di notevoli incertezze. Infatti, data la complessità del sistema ordinamentale dello Stato, difficilmente si potrebbe negare che un ente eserciti funzioni "inerenti" ad un "interesse pubblico unitario" o riconducibili alla "sfera di competenza statale", trattandosi di concetti dal contenuto assai vasto e non facilmente delimitabile.

3. Segue. *La legittimazione degli ordini professionali ad "intervenire" in giudizio.*

Ulteriori dubbi sorgono con riferimento all'ammissibilità dell'intervento dell'Ordine dei medici nel giudizio relativo al conflitto di attribuzioni di cui alla [sentenza n. 259 del 2019](#), sostenuta sulla base dell'art. 25, comma 2, delle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla cui stregua "il ricorso deve essere notificato altresì all'organo che ha emanato l'atto, quando si tratti di autorità diverse da quelle di Governo e da quelle dipendenti dal Governo", e delle proprie [sentenze nn. 252 del 2013](#) e [43 del 2019](#).

In primo luogo, infatti, gli ordini professionali non sembrano rientrare appieno nella disposizione di cui all'art. 25 N.I., trattandosi di enti sottoposti alla vigilanza ministeriale e dunque privi del requisito di "indipendenza"²⁰ ivi previsto²¹.

Il richiamo all'art. 25, comma 2, N.I., inoltre, non sembra del tutto pertinente ove si considerino le ragioni che hanno determinato l'adozione della disposizione. Quest'ultima²², infatti, è stata

²⁰ In tal senso, F. SICURO, *I profili processuali e sostanziali del conflitto di attribuzione tra Enti nella sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2019*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 4/2020, 260.

²¹ Gli ordini professionali sono espressamente previsti dall'art. 2229 c.c. e, come riportato da M. CHIARELLI, *Concorrenza e professioni. Stato e mercato nella regolazione dei servizi professionali*, 2018, sono qualificabili come "enti pubblici non economici di tipo associativo ad appartenenza obbligatoria ed esponenziali degli interessi di un gruppo professionale". Tali enti, "tipicamente fondati sulla base associativa costituita dagli appartenenti a ciascuna delle professioni", sono preesistenti allo Stato; quest'ultimo se ne è poi avvalso al fine di garantire l'interesse pubblico al corretto svolgimento di alcune attività professionali ed ha attribuito loro potestà pubblicistiche quali la tenuta degli albi ed il controllo della condotta dei professionisti. Allo stesso tempo, tuttavia, gli ordini professionali, essendo posti anche a tutela degli interessi della stessa categoria professionale di riferimento, svolgono una "funzione esponenziale" di tali collettività e, perciò, si contraddistinguono per la loro "vocazione rappresentativa" anche nei confronti delle Istituzioni. Pertanto, in ragione della loro base associativa, peraltro ribadita dal legislatore (l. n. 247/2012, d.lgs. 139/2005) e, al contempo, del rilievo pubblicistico delle funzioni da essi svolte, hanno "carattere bivalente": da un lato, infatti, potendo adottare atti incidenti in via autoritativa sulla sfera giuridica altrui, "sono riconosciuti dal legislatore come veri e propri enti pubblici", dall'altro "continuano ad essere conformati come enti esponenziali di ciascuna delle categorie professionali interessate, e, quindi, come associazioni, organizzazioni proprie di determinati appartenenti all'ordinamento giuridico generale". Per questo motivo gli ordini professionali, pur essendo i loro atti soggetti alla disciplina legislativa generale, godono di una "naturale autonomia che costituisce il riflesso della loro natura associativa" e che si declina sul piano normativo, giurisdizionale (autodichia), amministrativo, organizzativo, finanziario e contabile. In virtù di ciò, gli ordini professionali non sono soggetti al controllo di gestione della Corte dei conti (Cass., sent. n. 21226 del 14 ottobre 2011) e non sono inseriti "gerarchicamente nella struttura statale né sono soggetti ai poteri di nomina e controllo dello Stato". Sotto tale aspetto, inoltre, l'A. precisa che nell'ordinamento italiano non esiste una definizione unitaria di pubblica amministrazione, dovendosi piuttosto parlare di "pubbliche amministrazioni", e che lo stesso d.lgs. n. 165/2001, nonostante all'art. 2 annoveri tra esse "tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali", non si applica agli ordini professionali ma determina a loro carico "solo l'obbligo di adeguamento ai principi che vi sono contenuti".

Tuttavia, come riportato dall'A., secondo altra parte della dottrina la circostanza che gli ordini professionali siano enti pubblici trasforma l'interesse professionale da essi tutelato in interesse pubblico ma, trattandosi di enti esponenziali di una specifica categoria professionale e perciò posti a tutela di "interessi pubblici particolari", costituiscono "enti pubblici della categoria di quelli autonomi o indipendenti". Tale "pubblicizzazione degli interessi", peraltro, si verifica solo quando "l'esercizio di una determinata professione assume rilevanza pubblica, poiché altrimenti il gruppo professionale più o meno organizzato, rimane interamente nel campo del diritto privato, o come ente privato o come associazione riconosciuta".

Altri invece ritengono che gli ordini professionali siano enti "strumentali" allo Stato, da esso posti a tutela dell'interesse pubblico al corretto esercizio della professione e, a tal fine, dotati anche di poteri imperativi.

²² L'art. 25 N.I. riproduce l'art. 27 delle precedenti N.I. adottate con delibera 10 giugno 2004.

introdotta nel 2004 per garantire all'autorità giudiziaria la possibilità di intervenire, in via autonoma dal Governo, nei giudizi per conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni aventi ad oggetto provvedimenti giurisdizionali. Tale esigenza era determinata dal fatto che, nei casi in cui una Regione avesse proposto ricorso per conflitto di attribuzione impugnando un atto giurisdizionale, la posizione del giudice non avrebbe potuto trovare efficace difesa da parte del Governo.

Questi, in effetti, avrebbe interessi per lo più confliggenti con quelli dell'autorità giurisdizionale che dovrebbe difendere²³, tanto che autorevole dottrina ritiene che in questi casi il conflitto sia solo formalmente tra enti ma, nella sostanza, tra poteri dello Stato²⁴. In taluni giudizi, infatti, il Governo non si era neanche costituito facendo mancare ogni possibilità di difesa all'autorità giurisdizionale cosicché quest'ultima, in conseguenza della sentenza sfavorevole della Corte, aveva sollevato un secondo conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, questa volta contro il Governo.

In quelle occasioni, gli stessi giudici costituzionali avevano sottolineato che "l'esigenza di autonoma rappresentanza e difesa dell'ordine giudiziario anche nei conflitti tra Stato e Regioni nei quali siano in discussione provvedimenti giudiziari"²⁵ non poteva essere adeguatamente soddisfatta dall'ordinamento vigente in quanto esso "non fornisce indicazioni sufficienti circa il modo di colmare la lacuna"²⁶.

Secondo la Corte, quindi, era necessario un intervento "in via normativa" del legislatore, non essendo possibile ovviare alla carenza "in via di interpretazione e applicazione dell'ordinamento vigente"²⁷.

Data l'inerzia del potere legislativo, però, la Corte costituzionale nel 2004 ha ritenuto opportuno adoperarsi autonomamente modificando le N.I. ed esercitando i propri "poteri *lato sensu* normativi, introducendo *ex novo* una regola processuale che potrebbe fornire una soluzione al problema della rappresentanza del potere giudiziario nei conflitti intersoggettivi"²⁸.

Lo scopo della modifica delle N.I.²⁹ era quindi quello di permettere al potere giudiziario di intervenire nel processo per meglio supportare davanti alla Corte costituzionale i provvedimenti

²³ R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2019, 508; G. SILVESTRI, *Conflitto tra poteri e conflitto tra Stato e regioni: incroci obbligati e necessarie innovazioni teoriche.*, in *Foro it.* 1992, I, 333, evidenzia la "vistosa contraddizione di un potere giudiziario che viene contestato, in quanto potere indipendente dello Stato, da una regione e deve essere rappresentato in giudizio dal Presidente del Consiglio dei ministri".

²⁴ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 349; G. SILVESTRI, *Conflitto tra poteri*, cit., 334.

²⁵ [Corte cost., sent. n. 70 del 1985.](#)

²⁶ [Corte cost., sent. n. 309 del 2000](#), punto 2.1 del *Considerato in diritto*. La Corte ha precisato che anche qualora dettasse essa stessa "una disciplina relativa alle procedure da seguire e ai poteri esercitabili dall'organo giudiziario interessato", tale disciplina "verrebbe necessariamente a configurarsi come la predisposizione *ex novo* di un complesso di regole che non può che essere posto nella sede competente a dettare norme nella materia dei giudizi costituzionali". Per tale ragione, in quel caso la Corte ha dichiarato inammissibile il conflitto sollevato dal Sostituto Procuratore della Repubblica presso la Pretura circondariale di Bolzano. A questo proposito G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le Regioni e il potere giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2001, 172, ha osservato che la Corte, richiamando i suoi poteri di approvare un'ideale disciplina sul punto, abbia "ripreso con la sinistra quello che aveva appena dato con la destra, perché rimane difficile per il legislatore (ordinario o costituzionale) intervenire in un ambito dove il giudice costituzionale auspica un rimedio in via normativa, per il quale esso stesso si ritiene competente a procedere".

²⁷ [Corte cost., sent. n. 309 del 2000](#), punto 2.1 del *Considerato in diritto*. L. AZZENA, *La questione della rappresentanza degli interessi dell'ordine giudiziario nel conflitto intersoggettivo: è davvero indispensabile l'intervento del legislatore?*, in *Foro it.* 2001, I, 19, rileva come in quel caso la "pronuncia (definitiva) di inammissibilità sia motivata con la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore (e non, come più spesso avviene, con il riscontro del difetto del presupposto oggettivo o soggettivo)". Infatti "la sentenza (...) da un lato, pone il principio per cui l'interesse ad un'autonoma rappresentazione delle proprie ragioni da parte della magistratura è meritevole di tutela, dall'altro invita il legislatore ad intervenire, con un monito dai toni pacati, che non contiene alcun «comandamento» (quantomeno) espresso".

²⁸ T. GIOVANNETTI, *I soggetti esclusi nei conflitti di attribuzione*, in R. Pinardi (cur.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., 39.

²⁹ Con delibera del 10 giugno 2004 all'art. 27 N.I. (riprodotto dall'attuale art. 25 N.I.) è stata inserita la previsione per cui "il ricorso deve essere notificato altresì all'organo che ha emanato l'atto, quando si tratti di autorità diverse da quelle di Governo e da quelle dipendenti dal Governo".

giurisdizionali adottati, esponendo direttamente le motivazioni su cui si fondano. In altre parole, la *ratio* della modifica della disposizione delle N.I. non consisteva nell'estensione della facoltà di intervenire nel giudizio a qualsiasi autorità, bensì soltanto ad un altro potere dello Stato che, altrimenti, non avrebbe avuto modo di esercitare una difesa effettiva³⁰.

A tal proposito, anche il rinvio alle [sentenze nn. 252 del 2013](#) e [43 del 2019](#) contenuto nella [sentenza n. 259 del 2019](#) non sembra idoneo a giustificare l'applicabilità dell'art. 25 N.I. in favore dell'Ordine. In dette pronunce, infatti, la disposizione era stata applicata per ammettere l'intervento della Procura regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti la quale, contrariamente agli ordini professionali, ha funzioni assimilabili a quelle di un pubblico ministero, ossia di un potere dello Stato, ed è indubbiamente "indipendente dal Governo", conformemente a quanto presupposto dall'art. 25 N.I. In dette pronunce, poi, l'applicazione dell'art. 25 N.I. era giustificata dalla circostanza che si trattava proprio di un'autorità giurisdizionale, ossia di un soggetto per la tutela del quale erano state modificate le N.I.

Il rinvio alle suddette pronunce, inoltre, non pare del tutto appropriato nella parte in cui la Corte, pur riconoscendo espressamente l'ammissibilità dell'"intervento" dell'Ordine, riporta la propria affermazione secondo la quale dalla notificazione del ricorso deriva la legittimazione passiva nel processo³¹. Sebbene, infatti, la Corte qualifichi espressamente quello dell'Ordine quale "intervento", il riferimento al concetto di "legittimazione passiva" contenuto nel richiamato passaggio della [sentenza n. 43 del 2019](#) appare ambiguo³².

La notificazione del ricorso relativo al conflitto di attribuzione, invero, sembra orientata non già a conferire automaticamente la legittimazione passiva al soggetto destinatario quanto, piuttosto, a rendergli conoscibile l'esistenza del giudizio e ad aprirgli il contraddittorio³³ consentendogli, tutt'al

³⁰ La non riferibilità della disposizione agli ordini professionali sembra suffragata anche dal fatto che l'art. 25, comma 2, N.I. si riferisce agli "organi", termine già utilizzato per i "poteri dello Stato". Nel senso che la notifica dell'atto introduttivo del ricorso è prevista quando il conflitto tra enti include un conflitto fra organi A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, 2019, 284, 289.

³¹ [Corte cost., sent. n. 259 del 2019](#), punto 3 del *Considerato in diritto*: "Questa Corte ha, di recente, sottolineato che, nei giudizi per conflitto di attribuzione tra enti, promossi dalla Regione nei confronti dello Stato, l'art. 25, comma 2, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale «espressamente prevede che il ricorso [...] debba essere notificato anche «all'organo che ha emanato l'atto, quando si tratti di autorità diverse da quelle di Governo e da quelle dipendenti dal Governo»» ([sentenza n. 43 del 2019](#)), di organi dello Stato dotati di autonomia e di soggettività, «si da legittimarli passivamente nel processo ([sentenza n. 252 del 2013](#))» ([sentenza n. 43 del 2019](#)). E ciò «al fine di fare valere le ragioni della legittimità dell'atto impugnato, da essi adottato, in via autonoma dal resistente Presidente del Consiglio dei ministri» ([sentenza n. 252 del 2013](#))".

³² Nella [sentenza n. 43 del 2019](#), peraltro, la Corte richiama la [sentenza n. 252 del 2013](#) attribuendole conclusioni più ampie di quelle effettivamente da essa deducibili. Nella [sentenza n. 252 del 2013](#) la Corte infatti si limita ad affermare che l'art. 25, comma 2, N.I. conferisce agli "organi indipendenti dal Governo" destinatari della notificazione "la facoltà di intervenire nel giudizio costituzionale al fine di fare valere le ragioni della legittimità dell'atto impugnato, da essi, adottato, in via autonoma dal resistente Presidente del Consiglio dei ministri". La Corte costituzionale, quindi, aveva ricavato dalla disposizione soltanto la facoltà della Procura regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti di intervenire in giudizio, senza nulla dire in ordine alla legittimazione passiva. Tuttavia, nella [sentenza n. 43 del 2019](#) la Corte va oltre e, citando [la sent. del 2013](#), afferma che l'art. 25, comma 2, N.I. non prevedrebbe una "semplice *litis denunciatio*" bensì "l'evocazione in giudizio di un organo dello Stato dotato di autonomia, in quanto non dipendente dal Governo, e di soggettività, sì da legittimarlo passivamente al processo". Tale ultima conclusione sembra essere tratta in modo pressoché automatico, mancando una specifica motivazione sul punto. Infatti non è chiaro come dalla notificazione del ricorso derivi la legittimazione passiva di soggetti diversi da quelli legislativamente previsti, tanto più che nella [sentenza n. 252 del 2013](#) si parla di "facoltà di intervento", non di legittimazione passiva.

³³ G. GRASSO, *Autorità amministrative indipendenti e conflitti intersoggettivi*, in R. Pinardi (cur.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario di Modena svoltosi il 13 ottobre 2006*, Giappichelli, 2007, 184, "su tale obbligo di notificazione (...) non si innesta automaticamente né un diritto dell'autorità diversa da quelle di Governo e da quelle dipendenti dal Governo ad essere parte del conflitto, né un diritto delle medesime ad intervenire in giudizio".

più, di intervenire in giudizio³⁴; la legittimazione attiva e passiva, al contrario, resta in capo alle Regioni ed allo Stato³⁵.

Dal riconoscimento della legittimazione passiva, inoltre, in astratto non potrebbe non derivare l'attribuzione della legittimazione attiva ma questa, per lo Stato, è riservata dall'art. 39 della l. n. 87/1953 al Presidente del Consiglio dei ministri o a un Ministro da lui delegato e non potrebbe essere estesa a soggetti diversi in quanto l'atto di promovimento del ricorso è considerato "politico", presupponendo valutazioni riservate al Governo o alla Giunta³⁶. Una simile estensione della legittimazione, quindi, sembrerebbe scontrarsi con quanto positivamente previsto dalla legge³⁷ e rischierebbe altresì di causare un imprevedibile aumento del contenzioso costituzionale³⁸.

A fronte di ciò, il riferimento al concetto di legittimazione passiva contenuto nella [sentenza n. 259 del 2019](#) si presenta tanto più problematico ove si consideri che, nel caso di specie, la Presidenza del Consiglio dei ministri non si è neppure costituita, sicché il contraddittorio si è instaurato concretamente solo tra l'Ordine dei medici, la Regione e l'assessore destinatario del provvedimento. Pertanto, data la contumacia della Presidenza del Consiglio dei ministri, sembra che soggetti diversi

³⁴ R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2007, I, 703, rileva le problematiche che derivano dalla formulazione del comma 2 dell'art. 27, N.I.: "Il nuovo art. 27, 2° comma, delle norme integrative (...) pone certamente una serie di problemi che dottrina e giurisprudenza non mancheranno di esaminare (effetti ed efficacia dell'obbligo di ulteriore notifica, la nozione di «autorità diverse da quelle di governo e da quelle dipendenti dal governo», solo per dirne alcuni)".

³⁵ In tal senso, G. AMOROSO – G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015, 493 ss.: "Stato e Regioni sono attivamente e passivamente legittimati al conflitto anche in relazione ad atti imputabili (non già a loro rispettivi organi strettamente intesi, ma) a soggetti ulteriori, purché riconducibili ai rispettivi 'sistemi ordinamentali', come nel caso degli enti in senso lato 'strumentali' o delle agenzie e autorità indipendenti", e T. GIOVANNETTI, *I soggetti esclusi nei conflitti di attribuzione*, in R. Pinardi (cur.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., 27, che distingue tra "legittimazione a sollevare un conflitto o a resistervi" e "facoltà di un soggetto di partecipare ad un processo costituzionale da altri avviato", in quanto relativi, rispettivamente, alla "definizione della nozione di «parte», ricorrente o resistente" ed alla "legittimazione a partecipare al contraddittorio". L'A. rileva inoltre come la tendenza della Corte sia verso "un'apertura del processo, tanto sul fronte dei soggetti legittimati ad instaurare il conflitto, quanto sul fronte dei soggetti ammessi al contraddittorio".

In passato, invece, come osservato da G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le Regioni e il potere giudiziario*, cit., 159, la Corte, aveva circoscritto rigidamente i presupposti di accesso al conflitto, cosicché in alcuni casi era stata costretta ad ammettere una "partecipazione implicita di soggetti non direttamente legittimati nel conflitto tra enti" di modo che, pur dichiarando l'inammissibilità dell'intervento in giudizio di tali soggetti, nella motivazione aveva comunque considerato gli argomenti da essi addotti, quasi come se fossero "contraddittori occulti" (ad esempio, [Corte cost., sentt. nn. 738 del 1988](#) e [162 del 1990](#)).

³⁶ A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 304.

³⁷ Ove interpretato nel senso di estendere la legittimazione a soggetti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, l'art. 25 N.I. derogherebbe ad essa, ma ciò non sembra possibile in quanto le suddette Norme Integrative sono state adottate con una deliberazione (7 ottobre 2008) della Corte costituzionale e, dunque, non possiedono la forza attiva necessaria per derogare ad una disposizione di rango legislativo quale l'art. 39 l. n. 87 del 1953, alla cui stregua "il ricorso è proposto per lo Stato dal Presidente del Consiglio dei ministri o da un Ministro da lui delegato e per la Regione dal Presidente della Giunta regionale in seguito a deliberazione della Giunta stessa". L'art. 25 N.I., invece, dovrebbe essere interpretato in senso conforme alle fonti gerarchicamente sovraordinate, potendo tali Norme Integrative disporre validamente solo entro gli spazi lasciati vuoti dal legislatore e, soprattutto, dovrebbe essere interpretato alla luce delle circostanze che ne hanno determinato l'adozione.

³⁸ Per quanto concerne la legittimazione ad agire, si segnala la peculiarità del recente ricorso promosso dal Codacons (pubblicato in *G.U.* n. 19 del 6-5-2020) "in via suppletiva". Il Codacons ha impugnato in sede di conflitto intersoggettivo alcuni atti delle Regioni Veneto e Lombardia poiché si porrebbero in contrasto con le misure adottate dal Governo centrale nella gestione dell'emergenza Covid-19. L'associazione da una parte ritiene di essere legittimata al conflitto in quanto titolare di una «pubblica funzione costituzionalmente rilevante e garantita», dall'altra sembra superare l'ostacolo costituito dal fatto di non essere qualificata come "potere dello Stato" ([Corte cost., ord. n. 256 del 2016](#)) asserendo di essere legittimata, in quanto ente esponenziale, ad adire la Corte in sede di conflitto intersoggettivo "in via suppletiva", ossia a fronte dell'inerzia dello Stato nel reagire a provvedimenti lesivi della propria sfera di attribuzioni. Nel ricorso, poi, si afferma che il soggetto originariamente titolare potrebbe in qualsiasi momento "recuperare l'inerzia assumendo in proprio la titolarità del conflitto".

da quelli previsti dalla l. n. 87/1953 siano divenuti, in sostanza, le parti del conflitto, operazione questa che richiederebbe quantomeno una previa modifica delle disposizioni legislative e delle N.I.³⁹

4. Conclusioni.

La [sentenza n. 259 del 2019](#) si inserisce nel solco della giurisprudenza costituzionale che già da tempo ha esteso l'ammissibilità del conflitto ai casi in cui siano stati impugnati atti adottati da soggetti molto eterogenei⁴⁰. Tuttavia, essa sembra rispondere non tanto all'esigenza di ristabilire il quadro di attribuzioni delineato dalla Costituzione a fronte di un atto invasivo, bensì a quella di apprestare giustizia al caso concreto.

La pronuncia, infatti, censura un provvedimento che l'Ordine dei medici non poteva adottare per carenza di potere, in quanto sanzionatorio di un atto compiuto dal soggetto in qualità di assessore regionale, non di medico.

Pertanto, stante l'evidente illegittimità dell'atto, pare che la Corte costituzionale abbia fatto propria la preminente esigenza di annullarlo e di espungerlo dall'ordinamento⁴¹.

A tale scopo, tuttavia, si è resa necessaria un'operazione interpretativa della Corte che incidesse sugli elementi essenziali del conflitto: i giudici della Corte, infatti, al fine di rendere da essa sindacabile un novero maggiore di atti, ha ampliato la nozione di "Stato" di cui all'art. 134 Cost.

³⁹ In dottrina è stato osservato che l'estensione della legittimazione passiva richiederebbe una previa revisione costituzionale poiché, ex art. 134 Cost., gli enti che possono essere parti dei conflitti di attribuzione intersoggettivi sono solo lo "Stato" e le "Regioni". Per evitare di ricorrere al procedimento di revisione, secondo taluno si potrebbe scindere la "competenza in materia di conflitti" dall'attitudine ad essere parte del relativo giudizio, conferendo all'organo concretamente coinvolto nel singolo caso la rappresentanza processuale dello Stato; in questo modo non sarebbe infatti necessario modificare le disposizioni che identificano le parti del giudizio. A tal fine, inoltre, sarebbe necessaria una modifica sia delle N.I. che della legge: C. PADULA, *Il problema della rappresentanza dello Stato nei conflitti di attribuzione tra enti*, in *Giur. cost.*, 2000, 3027, "Si potrebbe guardare alla sostanza dei rapporti in gioco e (con una modifica della disciplina legislativa ordinaria e dell'art. 27 n.i.) attribuire la competenza, invece che all'organo istituzionalmente rappresentativo dello Stato, all'organo di volta in volta coinvolto. A quest'organo spetterebbero il potere di azione e di difesa e la rappresentanza processuale, nel singolo caso, dello Stato. Si tratterebbe di una «deviazione» parziale della logica del conflitto tra enti verso quella del conflitto tra poteri, che si potrebbe ben giustificare in base all'osservazione che, se formalmente sono sempre in gioco le sfere complessive di attribuzioni dei due enti, sostanzialmente la Regione «viene in contatto» di volta in volta con un singolo ramo dell'amministrazione o con un singolo organo indipendente. Non sembra necessario, dunque, stravolgere la logica del conflitto fra enti, sostituendo allo Stato, come parte del conflitto, i singoli rami dell'amministrazione o i singoli organi indipendenti: il che, fra l'altro, implicherebbe una revisione costituzionale. Il problema della rappresentanza dello Stato si può risolvere «agendo», anziché sulla parte del giudizio, sull'organo competente a deliberare il ricorso o la costituzione e dotato di rappresentanza processuale: tale organo può essere variabile. Il vantaggio starebbe nell'attribuire la competenza in materia all'organo titolare della funzione incisa dal conflitto regionale (o dall'atto regionale), e, quindi, più adatto a difenderla".

⁴⁰ La Corte, ad esempio, aveva ritenuto sindacabili note della Banca d'Italia ([sent. n. 102 del 1995](#), ove però la Corte non si è posta proprio il problema della sindacabilità dell'atto e ha dichiarato estinto il ricorso), atti e comportamenti dell'ANAS ([sent. n. 313 del 2001](#)), atti dell'Agenzia delle entrate ([sentt. nn. 288 del 2004](#) e [72 del 2005](#)) e dell'Agenzia del Demanio ([sent. n. 31 del 2006](#)).

⁴¹ Come osservato da S. ROSSI, *Est modus in rebus. Note a margine della sentenza n. 259/2019 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 4 marzo 2020, 212, inoltre, la Corte con la pronuncia in esame avrebbe evitato il rischio che la sanzione verso l'assessore si riverberasse "– nei termini di una possibile sottoposizione a procedimento disciplinare – su tutti gli operatori sanitari che avessero contribuito a dare attuazione all'atto amministrativo contestato dall'ordine provinciale, potendosi prefigurare, a causa di una 'obiezione di coscienza' deontologicamente imposta, interruzioni e malfunzionamenti dei servizi sanitari ordinari e di emergenza, con conseguente pregiudizio per il diritto alla salute degli utenti. Ad un secondo livello la reazione a tali interferenze è volta a scongiurare il rischio di un effetto domino con l'adozione di provvedimenti analoghi da parte di altri ordini professionali, le cui conseguenze sarebbero destinate a riverberarsi sul normale funzionamento di servizi essenziali per la comunità. È evidente come la prefigurata assoggettabilità dei membri degli organi di governo iscritti in albi professionali al potere disciplinare dei rispettivi ordini, per atti compiuti nello svolgimento di funzioni pubbliche, avrebbe infatti determinato l'indebita partecipazione (o ingerenza) di enti esponenziali di interessi particolaristici alla determinazione delle politiche generali degli enti territoriali".

“nella prospettiva dei rapporti con il sistema regionale” stabilendo l’imputabilità allo Stato degli atti adottati da enti pubblici sulla base di un criterio che, essendo basato sulle “funzioni” da essi svolte, pare eccessivamente ampio e dunque suscettibile di determinare un’estensione del conflitto ad organi legati da un tenue rapporto con lo Stato.

Inoltre, è stato necessario forzare il requisito necessario per l’instaurazione del giudizio costituito dalla sussistenza del “tono costituzionale” del conflitto e che, tuttavia, rappresenta lo “strumento privilegiato per individuare il *proprium* del giudizio costituzionale”⁴². L’oggetto del giudizio, infatti, nel caso di specie è costituito dall’attribuzione del potere di adottare il provvedimento disciplinare della radiazione dall’albo, mentre la lesione lamentata dalla Regione attiene ad una materia di potestà concorrente, la “tutela della salute”, che, tuttavia, sembra venire in rilievo solo in modo indiretto, “mediato”⁴³. Come evidenziato in dottrina, in effetti, la sanzione censurata “non ha nessun riferimento alla materia ‘tutela della salute’, né all’‘organizzazione del servizio sanitario nazionale e dei servizi di emergenza’ che il riparto di competenze costituzionali assegna alla Regione”⁴⁴.

Per di più, sembrerebbe che la Corte abbia effettuato “una vera e propria ricognizione degli *errores in procedendo* ed *in iudicando* in cui sarebbe incorso l’Ordine dei medici” svolgendo “un esame particolarmente stringente dell’*iter* logico-motivazionale seguito dalla Commissione di albo”⁴⁵ e spingendosi nel merito del provvedimento da esso adottato. Di conseguenza, anche in forza dell’estensione del contraddittorio ammessa dalla Corte, è ravvisabile un “serio rischio di svilimento del tono costituzionale del conflitto”⁴⁶.

Tali operazioni interpretative, però, sembrano costituire delle forzature difficilmente compatibili con la disciplina dello strumento nonché con il carattere residuale dello stesso che impone che il conflitto di attribuzioni non possa costituire una sede alternativa o ulteriore a quella realmente competente a censurare l’atto impugnato⁴⁷.

Nel caso della [sentenza n. 259 del 2019](#), infatti, l’ordinamento, per far valere l’illegittimità del provvedimento sanzionatorio adottato dall’Ordine, prevede che possa essere promosso ricorso alla Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie (CCEPS). Proprio l’esistenza di un diverso rimedio idoneo a garantire l’annullamento di un atto illegittimo, dunque, rende l’instaurazione del giudizio di attribuzione difficilmente compatibile con il carattere “residuale” dello strumento stesso. Inoltre, nel caso in questione tale ricorso era stato già proposto e pendeva giudizio dinanzi alla CCEPS⁴⁸. In virtù di ciò, peraltro, la pronuncia potrebbe inserirsi solo problematicamente sulla scia della giurisprudenza costituzionale che, data l’insufficienza degli strumenti predisposti dall’ordinamento a garanzia della legittimità costituzionale, ha esteso il sindacato della Corte al fine di non lasciare residue “zone franche” dal controllo di conformità a Costituzione⁴⁹.

⁴² G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le Regioni e il potere giudiziario*, cit., 17.

⁴³ F. FABRIZZI, *Un conflitto decostituzionalizzato o un conflitto politicizzato? Leggendo la sent. 259/2019 su un conflitto tra enti che somiglia ad un conflitto tra poteri*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 1, 2020, 485.

⁴⁴ F. FABRIZZI, *Un conflitto decostituzionalizzato*, cit., 485.

⁴⁵ F. SICURO, *I profili processuali*, cit., 265.

⁴⁶ F. SICURO, *I profili processuali*, cit., 266.

⁴⁷ Criterio, da ultimo, rigidamente applicato dalla Corte costituzionale nell’[ordinanza n. 84 del 2020](#).

⁴⁸ Tuttavia, il rischio che il provvedimento non venisse censurato dalla CCEPS e che, pertanto, restasse efficace, sembrerebbe poco attuale ove si consideri che, come riportato dalla stessa Corte al punto 6 del *Considerato in diritto.*, in altre occasioni la Commissione aveva affermato che “è sottratto al potere disciplinare dell’Ordine il comportamento del medico riconducibile all’ambito dell’esercizio di mansioni o funzioni pubbliche e non riferibile ad attività svolte nell’interesse personale del professionista» (decisione n. 16 dell’8 giugno 1991), né all’attività professionale in genere (decisione n. 41 del 21 febbraio 2000)”.

⁴⁹ Proprio tale esigenza aveva già spinto la Corte costituzionale ad interpretare estensivamente i concetti di “atto” e di “lesione di competenza” di cui all’art. 39 della l. n. 87 del 1953 nel senso di ammettere la sindacabilità anche di comportamenti omissivi e di lesioni della competenza lamentate non solo nella forma della *vindicatio potestatis*, ma anche della semplice menomazione della potestà medesima, ed era stata avvertita anche in relazione ai giudizi di legittimità costituzionale. A tal proposito, infatti, la giurisprudenza aveva ritenuto opportuno ampliare la nozione di “giudice a quo” ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale (da ultimo, [Corte cost., sent. n. 18 del 2019](#)).

Tale circostanza, considerata unitamente al fatto che la Corte, nella pronuncia di cui trattasi, abbia compiuto valutazioni sul merito⁵⁰ del provvedimento sanzionatorio adottato dall'Ordine, ricorrendo anche a parametri di livello *sub* costituzionale⁵¹, potrebbe far sì che i soggetti destinatari di un provvedimento illegittimo adottato dall'ordine professionale cui appartengono dispongano di possibilità di tutela disomogenee. Infatti, analogamente a quanto già evidenziato in dottrina⁵² riguardo a casi di conflitto di attribuzione tra enti aventi ad oggetto atti giurisdizionali adottati nei confronti di consiglieri regionali sottoposti a procedimento penale o contabile, qualora i professionisti destinatari del provvedimento adottato dall'ordine di appartenenza siano anche consiglieri regionali, avrebbero a disposizione rimedi più "ampi" rispetto ad altri professionisti che non ricoprono tale carica. "In un campo dove è sottile il confine tra la politica e il diritto"⁵³, in effetti, i consiglieri regionali potrebbero influenzare la scelta delle Regioni di ricorrere – o meno - alla Corte costituzionale.

Inoltre, sembrerebbe che al fine di garantire adeguatamente il principio del contraddittorio, l'intervento in giudizio dell'Ordine sia stato ammesso sulla base di un'interpretazione dell'art. 25 N.I. che ha incluso nel suo ambito di applicazione anche soggetti diversi, tuttavia, da quelli che parrebbero individuabili in base un'interpretazione letterale e storicamente orientata della disposizione.

In definitiva, gli elementi di novità contenuti nella [sentenza n. 259 del 2019](#) non sembrano esenti da problematiche: sebbene la scarsa precisione delle disposizioni costituzionali e legislative in materia di conflitti di attribuzioni legittimi e, anzi, renda ancor più necessaria l'opera interpretativa della Corte costituzionale, quest'ultima, nel caso di specie, sembra distaccarsi notevolmente dal dato normativo.

L'"espansione" del conflitto attuata dalla Corte con la sentenza in esame, pertanto, superando i presupposti previsti dalle disposizioni legislative e costituzionali che ad esse rinviano, sembra difficilmente giustificabile sulla base della disciplina normativa dello strumento, con il rischio di un significativo scostamento da quanto positivamente stabilito dall'ordinamento.

⁵⁰ [Corte cost., sent. n. 259 del 2019](#), punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁵¹ F. SICURO, *I profili processuali*, cit., 266, rileva che "tanto in virtù dei parametri normativi richiamati (molti dei quali sub costituzionali), quanto delle ragioni addotte dalla Corte per censurarne la relativa adozione, il giudizio costituzionale rischia di tradursi in un improprio strumento di censura delle modalità di esercizio di una semplice funzione amministrativa", il che "potrebbe ridondare in un'impropria torsione della logica del conflitto intersoggettivo" verso quella del giudizio sulla legittimità di un atto invece che sulla correttezza di un rapporto, concretizzando "un'ulteriore ipotesi confermativa della già rilevata 'amministrativizzazione' dei conflitti intersoggettivi e della costante decostituzionalizzazione del relativo parametro di giudizio".

⁵² G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le Regioni e il potere giudiziario*, cit., 177.

⁵³ G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le Regioni e il potere giudiziario*, cit., 177.

Patrizia Vipiana

La criticabile mancanza, nel regolamento della Camera, di una disciplina sul seguito dell'iniziativa legislativa popolare*

ABSTRACT: *The short essay points out the importance that popular initiative of laws is followed by a timely examination in Parliament (who may decide to approve them or not); then the essay illustrates the provisions about this topic contained only in the internal regulation of the Senate of the Republic: in order to eliminate the difference between the regulations of the two Parliamentary Assemblies, the author suggests that also the internal regulation of the Chamber of Deputies should provide about the mentioned topic.*

SOMMARIO: 1. L'importanza di dare seguito all'iniziativa popolare delle leggi – 2. La disciplina sul seguito dell'iniziativa legislativa popolare nel regolamento del Senato – 3. La criticabile assenza di un'analogha disciplina nel regolamento della Camera

1. L'importanza di dare seguito all'iniziativa popolare delle leggi

La necessità di modificare i regolamenti della Camera e del Senato a seguito della riduzione, prevista dalla l. cost. 19 ottobre 2020, n. 1, del numero dei rispettivi membri¹ lascia in ombra la necessità della revisione dei regolamenti parlamentari, o anche di uno solo di essi, riguardo ad altri aspetti forse meno evidenti, ma ugualmente di grande rilievo: in queste pagine si illustra la doverosità d'introdurre nel regolamento della Camera una disciplina – che ora manca del tutto – sul seguito dei progetti di legge d'iniziativa popolare, mentre essa è contenuta nel regolamento del Senato; nel prosieguo si useranno indifferentemente le tre denominazioni progetti di legge, disegni di legge e proposte di legge, anche se per l'esattezza la Costituzione le utilizza tutte², il regolamento della Camera usa le prime due³, mentre quello del Senato utilizza soltanto la seconda.

L'iniziativa legislativa popolare prevista dall'art. 71, secondo comma, Cost.⁴ configura un istituto di democrazia diretta meno rilevante rispetto al referendum, in cui gli elettori decidono affermativamente o negativamente sul quesito referendario (artt. 75 e 138 Cost.), ma più incisivo rispetto alla petizione, la quale può essere rivolta dai cittadini, anche singolarmente, alle Assemblee parlamentari per – oltre che esporre comuni necessità – chiedere l'adozione di leggi (art. 51 Cost.) senza però la possibilità di prefigurarne il contenuto: invero l'iniziativa legislativa popolare consiste nella presentazione alle Camere di un testo, sottoscritto da almeno cinquantamila elettori e redatto in articoli, contenente la disciplina che si vorrebbe fosse approvata come legge. Tale iniziativa funge da stimolo nei confronti della democrazia indiretta, in quanto configura uno strumento con cui i rappresentati trasmettono una disciplina da essi predisposta ai loro rappresentanti invitando questi

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

¹ La revisione dei regolamenti parlamentari a seguito della l. cost. n. 1/2020 riguarderà soprattutto gli aspetti organizzativi delle Assemblee: N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 settembre 2020, 326 ss.

² La Costituzione usa: progetti di legge all'art. 71, secondo comma; disegni di legge negli artt. 72 e 87, quarto comma; proposte di legge nell'art. 121, secondo comma.

³ Il regolamento della Camera usa disegni di legge per indicare gli atti d'iniziativa governativa e progetti di legge per designare gli atti espressione di tutti gli altri tipi d'iniziativa legislativa.

⁴ Si tratta di una previsione innovativa, poiché in base all'art. 10 dello Statuto albertino la proposizione delle leggi spettava al Re ed a ciascuna delle due Camere; invece già lo Statuto albertino (art. 57) prevedeva l'istituto della petizione, di cui si tratterà nell'immediato prosieguo del testo.

ultimi ad esaminarla⁵; tuttavia occorre sottolineare che negli scorsi decenni l'iniziativa popolare delle leggi non è stata molto esercitata⁶.

L'iniziativa legislativa popolare, anche se sotto il profilo formale è nella medesima posizione delle altre specie di iniziativa delle leggi, sotto il profilo sostanziale sembra più rilevante di quelle, proprio perché risulta connessa con il principio democratico: l'iniziativa delle leggi di cui all'art. 71, secondo comma, Cost. può ritenersi una delle forme di esercizio della sovranità popolare evocate dall'art. 1, secondo comma, Cost.⁷

Il maggior rilievo da attribuirsi all'iniziativa popolare⁸, riconosciuto del resto dai disposti dei regolamenti parlamentari citati fra breve, implica che per essa dovrebbe applicarsi un regime giuridico più favorevole rispetto a quello applicato alle altre forme di iniziativa legislativa, sotto due aspetti: da una parte, il seguito che il progetto di legge d'iniziativa popolare riceve nella legislatura in cui è presentato (profilo su cui ci si soffermerà nel prosieguo) e dall'altra parte, la sorte di tale progetto qualora non sia stato approvato entro la fine della legislatura.

Sul secondo aspetto invero dispongono sia il regolamento della Camera all'art. 107, comma 4, sia quello del Senato all'art. 74, comma 2, che prevedono la non decadenza dei progetti di legge d'iniziativa popolare presentati nella precedente legislatura: per essi non è necessaria la ripresentazione alle Camere neo-elette poiché all'inizio della successiva legislatura sono nuovamente assegnati alle commissioni competenti⁹.

Tali disposizioni regolamentari, presenti già nel testo iniziale dei vigenti regolamenti parlamentari (del 1971), risultano innovative poiché non esistevano nei regolamenti precedenti (del 1948) e mostrano il maggior favore nei confronti dell'iniziativa legislativa popolare: in esse tuttavia è ravvisabile anche un'utilità pratica in quanto ovviano alla difficoltà – la quale non si pone per le altre iniziative – di raccogliere nuovamente le cinquantamila firme che sarebbero necessarie se invece dovesse essere effettuata la ripresentazione del progetto di legge d'iniziativa popolare nella nuova legislatura¹⁰.

⁵ Come afferma A. A. CERVATI, *Iniziativa legislativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, 1989, 1 ss., in part. 7: l'iniziativa legislativa popolare «consente una partecipazione diretta del popolo alla formazione delle leggi; anche se... proporre una legge non equivale a deciderne il contenuto».

⁶ Un caso abbastanza recente di proposta di legge d'iniziativa popolare è stata la p.d.l. AC 1485 presentata alla Camera il 4 gennaio 2019 sull'introduzione dell'educazione alla cittadinanza come materia scolastica: dall'abbinamento di essa con altri progetti di legge d'iniziativa parlamentare è scaturito il testo approvato con l. 20 agosto 2019, n. 92.

⁷ Si noti che entrambi i disposti costituzionali citati usano il verbo «esercita».

A favore della tesi, condivisibile anche a nostro giudizio, della preminenza dell'iniziativa popolare rispetto alle altre iniziative legislative in virtù del nesso tra gli artt. 71, secondo comma, e 1, secondo comma, Cost., si veda ad es. E. BETTINELLI, *Note sull'iniziativa legislativa popolare nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Il Politico* vol. 35, n. 3 (settembre 1970), 589 ss. (che richiama la discussione su tale iniziativa in *Assemblea Costituente*), in part. 604; l'autore, riferendosi ai regolamenti parlamentari vigenti al momento in cui scriveva, quelli del 1948, rilevava la mancanza di garanzie che i progetti di legge d'iniziativa popolare sarebbero stati esaminati in sede parlamentare (608).

In senso contrario alla tesi dell'efficacia privilegiata dell'iniziativa legislativa popolare si esprimono altri autori fra cui A. A. CERVATI, *Commento all'art. 71 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, "La formazione delle leggi" tomo I, 1, Bologna - Roma, 1985, seconda parte del par. 8.

⁸ Tale rilievo è desumibile anche dalla Costituzione: da un lato, l'art. 71 Cost. prevede la redazione del testo in articoli solo per le proposte di legge d'iniziativa popolare (secondo comma), non per le restanti (primo comma); dall'altro lato, il medesimo articolo non contiene un rinvio alla legge riguardo alla disciplina dell'iniziativa legislativa popolare, al contrario dell'art. 75 Cost. che rinvia al legislatore per la disciplina del referendum abrogativo. Inizialmente, argomentando dalla mancata previsione di un rinvio alla legge (poi la l. n. 352/1970 ha disciplinato, oltre che il referendum, anche l'iniziativa popolare delle leggi negli artt. 48 e 49, prevedendo accanto alla redazione del progetto in articoli anche la presentazione di una relazione illustrativa), la dottrina aveva ritenuto immediatamente esercitabile il potere di iniziativa legislativa da parte del popolo, come riporta C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 729-730, nt. 3.

⁹ Ciò vale nel caso in cui i progetti non siano stati ancora approvati; il regolamento della Camera prevede che, qualora essi siano stati approvati dall'Assemblea o il loro esame sia esaurito in commissione, si applicano i commi precedenti dell'art. 107.

¹⁰ Invece secondo alcuni autori la *ratio* degli artt. 107, comma 4, reg. Cam e 74, comma 2, reg. Sen. è ravvisabile soltanto nell'evitare una nuova raccolta di firme: così ad es. S. M. CICONETTI, *Diritto parlamentare*, Torino, 2019, 161.

Sul primo aspetto invece dispone soltanto il regolamento del Senato, mentre sarebbe più corretto che anche quello della Camera intervenisse – così come entrambe i regolamenti parlamentari intervengono riguardo all’altro aspetto – ossia disciplinasse il seguito delle proposte di legge d’iniziativa popolare: la valenza democratica di quest’ultima suggerisce che tali proposte vengano tempestivamente prese in considerazione in sede parlamentare, anche se non comporta l’obbligo che esse siano approvate.

L’intento di valorizzare l’iniziativa popolare delle leggi ha ispirato, a partire dalla IX legislatura, numerose proposte di modificare l’art. 71 della Costituzione¹¹; in particolare, il progetto di legge costituzionale approvato definitivamente il 12 aprile 2016 a maggioranza assoluta e poi respinto dal referendum del 4 dicembre dello stesso anno (oltre a prevedere un innalzamento del numero delle sottoscrizioni necessarie) sanciva che la discussione e la deliberazione conclusiva sulle proposte di legge d’iniziativa popolare fossero garantite nei tempi, nelle forme e nei limiti stabiliti dai regolamenti parlamentari¹².

Sempre al fine di rafforzare l’iniziativa popolare delle leggi, nel corso del 2018 sono stati presentati alla Camera progetti di revisione dell’art. 71 Cost.¹³ da cui è scaturito un testo approvato il 21 febbraio 2019 in prima lettura dalla Camera e trasmesso l’indomani al Senato, ove al momento non ha proseguito l’*iter* parlamentare: in sintesi esso suggerisce di prevedere che, qualora una proposta di legge sia presentata da almeno cinquecentomila elettori e le Camere non la approvino entro diciotto mesi dalla presentazione, è indetto un referendum per deliberarne l’approvazione ed inoltre che, qualora le Camere approvino la proposta in un testo diverso da quello presentato e i promotori non rinunzino, il referendum è indetto sui due testi e, se entrambi sono approvati, viene promulgato quello che ha ottenuto più voti¹⁴.

Il progetto di revisione costituzionale or ora tratteggiato mira ad introdurre nella vigente Costituzione la cosiddetta iniziativa legislativa rinforzata, che in realtà va oltre la natura propositiva tipica dell’iniziativa delle leggi, risolvendosi in un potere decisionale in capo al popolo e negando la libertà delle Assemblee parlamentari di adottare o meno una disciplina: il progetto in parola invero è stato criticato perché inserirebbe «una specie di *potere legislativo popolare concorrente e alternativo* a quello spettante alle camere» ovvero avrebbe l’effetto di delegittimare il Parlamento e di incidere sul principio della rappresentanza politica¹⁵.

Siccome il summenzionato progetto di revisione costituzionale non ha – ancora – concluso il procedimento approvativo, deve sottolinearsi che ad oggi, cioè a Costituzione vigente, i regolamenti delle Camere risultano sia l’unica fonte idonea per disporre sul seguito dell’iniziativa legislativa popolare, in quanto la disciplina delle fasi dell’*iter legis* oltre ciò che viene costituzionalmente previsto rientra nella riserva di regolamento parlamentare, sia lo strumento più facile per dettare norme al riguardo, poiché la modifica del regolamento parlamentare (con delibera a maggioranza assoluta *ex art. 64 Cost.*) è più agevole rispetto alla revisione costituzionale (attraverso il procedimento aggravato *ex art. 138 Cost.*).

Come accennato più sopra, solo uno dei due regolamenti parlamentari, quello del Senato, disciplina il seguito delle proposte di legge d’iniziativa popolare, mentre l’altro, quello della Camera,

¹¹ Per una rassegna delle varie proposte di riforma dell’art. 71 Cost. si rinvia al cospicuo Dossier redatto dal Servizio studi della Camera e da quello del Senato dal titolo “[Iniziativa legislativa popolare e referendum](#)” del 6 marzo 2019, 66 ss.

¹² Ved. art. 11, comma 1, lett. b), del progetto di legge approvato il 12 aprile 2016 e respinto dal referendum del successivo 4 dicembre.

¹³ Cfr. in part. le proposte di legge costituzionale n. 726 presentata il 13 giugno 2018, n. 1173 presentata il 19 settembre 2018 e n. 1447 presentata il 13 dicembre 2018.

¹⁴ Ved. testo AS n. 1089, art. 1, commi 1 e 4.

¹⁵ Cfr. rispettivamente A. MORRONE, *L’iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in [Federalismi.it](#) n. 23/2018, 1 ss., citazione tratta da pag. 1 (corsivi dell’autore) e A. ANZON DEMMIG, *L’iniziativa legislativa popolare “indiretta” (c.d. referendum propositivo) nel progetto di legge costituzionale in itinere*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 22 marzo 2019, 5. In argomento v. fra gli altri anche V. DE SANTIS, *L’iniziativa popolare rinforzata*, in [Osservatorio sulle fonti](#) n. 2/2019, 1 ss.

tace sul punto: la differenza tra i due rami del Parlamento è tanto più criticabile se si considera che invece entrambi i regolamenti parlamentari dispongono in modo puntuale riguardo al seguito delle petizioni¹⁶.

2. La disciplina sul seguito dell'iniziativa legislativa popolare nel regolamento del Senato

Sul seguito delle iniziative legislative popolari dispone l'art. 74 del regolamento del Senato, al comma 3, inserito con delibera del 30 novembre 1988 ed ampliato con delibera del 20 dicembre 2017 (mentre il testo originario di tale articolo prevedeva nei primi due commi il controllo delle firme dei proponenti e la non necessità della ripresentazione delle suddette iniziative nella nuova legislatura).

L'art. 74, comma 3, reg. Sen. introdotto nel 1988 stabilisce che le Commissioni competenti per materia devono iniziare l'esame dei disegni di legge d'iniziativa popolare ad esse assegnati entro e non oltre un mese dal deferimento ed inoltre che è consentita l'audizione di un rappresentante dei proponenti designato dai primi dieci firmatari del disegno di legge¹⁷.

Se la seconda frase del suddetto disposto è significativa, poiché rende possibile ad un esponente dei sottoscrittori di essere sentito dalla Commissione per illustrare verbalmente il disegno di legge proprio in sede parlamentare, la prima frase è ancora più rilevante: la fissazione di un termine, oltre tutto assai breve, per far cominciare l'istruttoria sul progetto di legge d'iniziativa popolare evita che tale progetto venga accantonato, cioè neanche preso in esame, dalla Commissione magari perché contestuale ad altri progetti di legge su materie ritenute più importanti o più urgenti.

Tuttavia, all'introduzione del comma 3 dell'art. 74 reg. Sen. non è stata attribuita molta importanza¹⁸, mentre riguardo alla revisione del regolamento senatoriale del 1988 sono stati sottolineati piuttosto altri aspetti tra cui la modifica dell'art. 113 sulla riduzione dei casi di ammissibilità del voto segreto.

All'art. 74, comma 3, reg. Sen. è stata poi aggiunta nel 2017 un'ultima frase ove si prevede che: l'esame in Commissione sul disegno di legge d'iniziativa popolare dev'essere concluso entro tre mesi dall'assegnazione; decorso questo termine, il disegno di legge viene iscritto d'ufficio nel calendario dei lavori dell'Assemblea ed in tal caso la discussione si svolge sul testo dei proponenti, senza che sia possibile avanzare questioni incidentali salvo la previsione dell'art. 93, comma 1, secondo periodo¹⁹.

Anche la suddetta disposizione è molto significativa sotto vari profili.

¹⁶ In base agli artt. 33, comma 2, reg. Cam. e 140, comma 2, reg. Sen., un sunto delle petizioni è, rispettivamente, letto e comunicato all'Assemblea ed ognuna è trasmessa alla Commissione parlamentare competente. A norma degli artt. 109 reg. Cam. e 141 reg. Sen., se la petizione aveva chiesto l'adozione di atti legislativi, la Commissione la abbina ad un progetto di legge già al suo esame, mentre se la petizione aveva esposto comuni necessità, la Commissione la trasmette al Governo invitandolo a provvedere su tali necessità.

¹⁷ La revisione regolamentare del 1988 ha inoltre inserito nell'art. 74 reg. Sen. un comma 4 il quale prevede che i termini sanciti nel comma 3 si applicano anche ai disegni di legge presentati dai Consigli regionali ex art. 121 Cost. e che è consentita l'audizione di un rappresentante del Consiglio regionale proponente. Dunque, l'art. 74 reg. Sen. assicura l'inizio dell'esame entro un breve termine sia ai progetti d'iniziativa popolare sia a quelli d'iniziativa regionale.

¹⁸ Anche più recentemente (cioè non a ridosso della revisione regolamentare del 1988) dell'art. 74 reg. Sen. si sottolineava non l'aggiunta del comma 3 (effettuata appunto nel 1988), ma la previsione del comma 2 già contenuta nel testo originario del regolamento del Senato (articolo riguardante la sorte dei progetti di legge d'iniziativa popolare non approvati in una legislatura): ad es. V. DI CIOLÒ – L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2013, 503.

¹⁹ La seconda frase dell'art. 93, comma 1, reg. Sen. prevede la facoltà del Presidente del Senato di ammettere le questioni pregiudiziale e sospensiva anche nel corso della discussione, qualora la presentazione sia giustificata da nuovi elementi emersi dopo l'inizio del dibattito.

A differenza della previsione di un termine iniziale per l'esame in Commissione (v. nt. 17), la previsione di un termine finale per tale esame e dell'iscrizione automatica al calendario dell'Assemblea è riferita solo ai progetti di legge d'iniziativa popolare, non a quelli d'iniziativa regionale: dunque i primi sono più garantiti che i secondi.

Da una parte, essa evita che l'istruttoria si trascini per troppo tempo o addirittura non si concluda: in tale eventualità il progetto di legge d'iniziativa popolare rimarrebbe insabbiato in Commissione.

Dall'altra parte, la suddetta previsione assicura l'automatico inserimento di esso, così come era stato redatto dai presentatori (visto che la Commissione non lo ha tempestivamente esaminato), nel calendario dell'Assemblea²⁰ e una discussione spedita, escludendo di regola l'ammissibilità di questioni incidentali.

L'ultima frase del comma 3 dell'art. 74 completa la prima in quanto, per l'esame dei disegni di legge d'iniziativa popolare, viene previsto non solo un termine iniziale, ma anche uno finale: il suddetto disposto dunque circoscrive i tempi dell'istruttoria che dev'essere svolta dalla Commissione e garantisce che la suddetta proposta giunga in Assemblea²¹.

Come l'inserimento del comma 3 all'art. 74 reg. Sen. nel 1988, anche l'ampliamento del medesimo comma nel 2017 non è stato molto sottolineato in sede dottrinale: talvolta ci si è limitati ad elencare, tra le innovazioni introdotte dalla riforma regolamentare del 2017, la «previsione di un regime a tempi garantiti per l'esame delle proposte di legge di iniziativa popolare»²² o si è sostenuto che tale previsione «conferma la “maggiore attenzione” mostrata storicamente dal regolamento del Senato» per le suddette proposte²³; talora si è invece preferito porre l'accento sulle altre novità introdotte dalla riforma, tra cui quelle riguardanti (sotto il profilo strutturale) la disciplina sui gruppi parlamentari per evitare il «transfughismo» e (sotto il profilo funzionale) il computo della maggioranza semplice nelle votazioni²⁴.

Tuttavia, non manca chi ha messo in luce che la modifica del 2017 all'art. 74, comma 3, del regolamento del Senato riveste notevole importanza incidendo addirittura sulla forma di Stato, in quanto determina un «innesto di elementi di democrazia partecipativa nel *corpus* della democrazia rappresentativa accolto nella Costituzione»²⁵.

3. La criticabile assenza di un'analogia disciplina nel regolamento della Camera

Mentre il regolamento del Senato disciplina il seguito dei progetti di legge d'iniziativa popolare, quello della Camera non dispone analogamente; un fuggevole cenno ad una considerazione privilegiata dei suddetti progetti di legge si rinviene solo nell'art. 24, comma 4, ma sotto un altro profilo²⁶.

A motivo della disciplina del regolamento del Senato più favorevole alle proposte di legge d'iniziativa popolare, risulta preferibile che esse vengano presentate appunto al Senato anziché alla

²⁰ Cfr. S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del regolamento del Senato*, in *Rassegna parlamentare* 2017, 641: in caso di mancato esame da parte della Commissione entro tre mesi, sarà inserito automaticamente nel calendario dell'Aula proprio «il testo proposto dai cittadini, anziché – come finora quasi sempre accaduto – finire dimenticato».

²¹ L'indicazione di tempi definiti per l'esame delle proposte di legge d'iniziativa popolare costituiva uno dei tre aspetti per la cui disciplina il progetto di revisione costituzionale bocciato dal referendum del 4 dicembre 2016 rinviava ai regolamenti parlamentari (v. testo relativo a nt. 12).

²² Citazione tratta da N. LUPO, *La riforma del 20 dicembre 2017 del (solo) regolamento del Senato, nella faticosa ricerca di un'omogeneità regolamentare tra i due rami del Parlamento*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale* nn. 197-198, 3°-4° trimestre 2017, 42.

²³ Così A. I. ARENA, *Su alcuni aspetti della “riforma organica” del regolamento del Senato (primi interrogativi e impressioni)*, in *Rassegna parlamentare* 2018, 36.

²⁴ Cfr. ad es. T. F. GIUPPONI, *La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura*, 14 luglio 2018, in *Forum di Quaderni costituzionali*, rispettivamente 3 ss. e 7 ss. (parola tra virgolette usata dall'autore).

²⁵ Citazione tratta da E. GIANFRANCESCO, *La riforma del Regolamento del Senato: alcune osservazioni generali*, in *Federalismi.it*, n. 1/2018, 9, il quale afferma che la riforma del regolamento del Senato incide altresì sulla forma di governo.

²⁶ L'art. 24, comma 4, reg. Cam., riguardo alla predisposizione del calendario dei lavori dell'Assemblea, stabilisce che ai fini del calcolo delle quote indicate nei commi 2 e 3 non si tiene conto dell'esame dei progetti di legge d'iniziativa popolare (oltre che di altri progetti di legge).

Camera, il cui regolamento non stabilisce termini entro cui le commissioni devono iniziare e concludere l'esame delle suddette.

La mancata fissazione, da parte del regolamento della Camera, di termini per l'esame delle proposte di legge d'iniziativa popolare non è stata finora oggetto di molte critiche²⁷ nemmeno a seguito delle modifiche del regolamento del Senato del 1988 e 2017: eppure tale mancanza configura una evidente disparità fra le due Assemblee parlamentari riguardo al seguito delle summenzionate proposte di legge.

Tuttavia, il 5 dicembre 2018, cioè quasi esattamente un anno dopo la revisione del regolamento del Senato, è stata presentata alla Camera da un deputato una proposta di modifica del rispettivo regolamento²⁸ sulla specifica tematica del seguito delle iniziative legislative popolari, proposta finalizzata ad introdurre una disciplina pressoché uguale a quella già valevole nell'altro ramo del Parlamento.

Tale proposta suggerisce di inserire nel regolamento della Camera un art. 68-*bis* di contenuto praticamente uguale a quello dell'art. 74 del regolamento del Senato: in particolare le disposizioni del comma 3 dell'inserendo art. 68-*bis* reg. Cam. sarebbero identiche a quelle del comma 3 dell'attuale art. 74 reg. Sen. riguardo al seguito delle proposte di legge d'iniziativa popolare²⁹.

Il presentatore della proposta sottolinea che riprodurre nel regolamento della Camera la disciplina sancita nel regolamento del Senato avrebbe lo scopo di «rendere neutra per i presentatori la scelta di depositare una proposta alla Camera o al Senato» ossia di «non determinare uno svantaggio per le proposte presentate alla Camera»: in tal modo verrebbero «superate ingiustificabili differenziazioni con l'altro ramo del Parlamento» e si garantirebbe l'effettività dell'iniziativa legislativa popolare introdotta dalla Costituzione³⁰.

La proposta ora illustrata non è stata finora approvata, ma meriterebbe di esserlo poiché la modifica ivi suggerita sarebbe assai apprezzabile: essa infatti attribuirebbe anche alle proposte di legge d'iniziativa popolare presentate alla Camera la garanzia di essere esaminate in tempi ben precisi e di giungere all'esame dell'Aula, così come attualmente avviene in base al regolamento del Senato.

Si produrrebbe così un allineamento fra le discipline della suddetta tematica nelle due Assemblee parlamentari, nel senso che la Camera introdurrebbe nel suo regolamento una disciplina del seguito delle iniziative legislative popolari uguale a quella già contenuta nel regolamento del Senato; lo stesso fenomeno si è verificato, ma in direzione opposta, in occasione della più volte menzionata riforma regolamentare del 2017 quando il Senato ha modificato la disposizione del suo regolamento sul computo degli astenuti nel determinare la maggioranza semplice, introducendo lo stesso tipo di computo valevole alla Camera³¹.

²⁷ Neanche da parte degli autori che hanno messo in luce l'importanza della disciplina contenuta nell'art. 74 reg. Sen. specialmente dopo la riforma regolamentare del 2017.

²⁸ Si tratta della proposta di modificazione al regolamento contenuta nel doc. II n. 6 presentata dal deputato Magi.

²⁹ L'inserendo art. 68-*bis* conterrebbe anche la previsione di un termine d'inizio dell'esame altresì dei progetti di legge d'iniziativa dei Consigli regionali e il disposto sulla non necessità della ripresentazione dei progetti di legge d'iniziativa popolare presentati nella precedente legislatura: quest'ultima disposizione è attualmente contenuta nel comma 4 dell'art. 107 reg. Cam. e opportunamente la proposta di modifica del regolamento della Camera in esame suggerirebbe di abrogare tale comma 4 (poiché tale previsione sarebbe spostata nell'art. 68-*bis*).

³⁰ Le prime due citazioni sono tratte da pag. 1 della relazione illustrativa alla proposta di modifica regolamentare, la terza citazione è tratta da pag. 2.

Nella medesima relazione si sottolinea che le 17 proposte di legge d'iniziativa popolare depositate nella XVIII legislatura alla data di presentazione della proposta di modifica del regolamento non hanno iniziato l'iter parlamentare, «vanificando il lavoro di elaborazione normativa e di raccolta firme svolto dai comitati promotori» (pag. 1) e che delle 262 proposte di legge d'iniziativa popolare presentate dal 1979 alla fine della scorsa legislatura, 151 (quasi il 60 per cento) non sono state nemmeno discusse: «parliamo di almeno 7,5 milioni di firme di cittadini sprecate» (pag. 2).

³¹ L'art. 107, comma 1, reg. Sen., prima della modifica del 2017, prevedeva che le deliberazioni fossero assunte a maggioranza dei senatori che partecipassero alla votazione, ossia computava tra i votanti anche gli astenuti, mentre dopo la suddetta modifica stabilisce che le delibere sono assunte a maggioranza dei presenti, considerati come coloro che esprimono voto favorevole o contrario, ossia esclude dai votanti gli astenuti: tale formulazione è uguale a quella dell'art. 48, comma 2, reg. Cam.

In conclusione, è da auspicarsi che la disciplina del seguito delle iniziative legislative popolari sia tempestivamente introdotta anche nel regolamento della Camera, magari insieme alle modifiche di quest'ultimo (così come del regolamento del Senato) resesi necessarie dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari: proprio la necessità di tali modifiche potrebbe costituire l'occasione per introdurre – finalmente – anche quella disciplina.

Giulia Sulpizi*

Donne e rappresentanza politica: la prospettiva comparata per valorizzare la differenza di genere**

ABSTRACT: *As history teaches us, both social and institutional changes have given women the right to participate in politics. Nevertheless, discrimination based on sex – regarding the access to public office – still remains a dreadful problem, common to contemporary democracies. In order to solve this particular issue, the so called positive actions have been introduced. Unfortunately, this means cannot be considered as sufficient: for this reason, comparing different legal systems is the principal method and the only way to guarantee equality in nowadays Italy. Through it, we manage to understand the importance of local entities and of the constitutional justices' work, in order to educate the whole society valuing the new idea of "gender citizenship".*

SOMMARIO: 1. Riflessioni introduttive sulla partecipazione delle donne agli incarichi elettivi alla luce dell'art. 3 Cost. – 1.1. Il metodo: una prospettiva storica e comparata – 1.2. Alla prova dell'istituzionalismo: ancora un lungo cammino verso la parità per il genere femminile? – 2. La risposta italiana: le azioni positive per combattere la discriminazione di genere nella rappresentanza politica – 2.1. La giurisprudenza costituzionale sul dibattuto tema delle "quote rosa": eguaglianza nei punti di partenza o metodi per conseguire risultati? – 3. Le *gender quotas* negli USA: strumenti ancora da scoprire – 4. Recenti sviluppi nella legislazione elettorale italiana, nazionale e regionale – 4.1. L'elezione dei vertici dell'Ordine dei Commercialisti: l'inizio di una storia – 5. Verso una cittadinanza di genere?

1. *Riflessioni introduttive sulla partecipazione delle donne agli incarichi elettivi alla luce dell'art. 3 Cost.*

Nonostante l'affermazione del principio di eguaglianza tra i sessi contenuta nell'articolo 3 della nostra Carta costituzionale¹, appare evidente come le conquiste ottenute dal genere femminile – e attuate fra molte resistenze – risultino, ad oggi, accompagnate da grandi difficoltà che le donne – italiane e non solo – vivono per raggiungere pari dignità sociale rispetto alle controparti maschili².

Ciò si verifica sia per quanto riguarda la vita privata delle cittadine, sia con riferimento alla partecipazione pubblica e all'accesso alle cariche politiche³.

* *Cultrice della materia in ELP-Global English for Legal Studies presso l'Università degli Studi di Padova, Scuola di Giurisprudenza.*

** *Contributo sottoposto a referaggio.*

¹ Laddove, al comma 1°, si afferma che «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali» e, al comma 2°, si sancisce altresì che «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Il primo comma tratta della c.d. eguaglianza formale, il secondo della c.d. eguaglianza sostanziale. In questo senso, *ex multis*, V. CRISAFULLI e L. PALADIN (curr.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 13 ss. Dall'articolo 3 Cost. si deve, infatti, partire per la seguente analisi. Non a caso, «La Costituzione di "tutti" definisce la propria epoca e (...) costituisce il fondamento logico per ogni futura pronuncia di legittimità costituzionale»: M. PEDRAZZA GORLERO, *Congetture costituzionali*, Napoli, 2015, 391.

² In tal senso A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019, 46-47; E. PACIOTTI, *La donna nelle istituzioni*, in *Lettura al femminile della Costituzione*, Atti del Convegno di Milano del 25-26 novembre 1988, Bologna, 55.

³ «Va infatti riconosciuto che farsi votare e diventare rappresentanti è per queste ultime [le donne] ancora molto difficile, a causa di discriminazioni di fatto che sono per lo più legate all'atteggiamento e all'organizzazione interna dei

Sulla base, dunque, di tali considerazioni, sorgono spontanei alcuni interrogativi: che rapporto sussiste tra l'astratta propugnazione della parità – l'eguaglianza formale – e la sua concreta attuazione – l'eguaglianza sostanziale? E per quale ragione risulta, oggi, fondamentale assicurare il rispetto di tale valore?

Per rispondere a tali quesiti si dovrà, innanzitutto, partire da un'analisi del dettato costituzionale. Non è un caso, infatti, che i divieti di discriminazione, specificatamente posti dalla seconda parte del primo comma dell'art. 3 Cost., costituiscano delle vere e proprie presunzioni di illegittimità costituzionale delle leggi che pongano in essere delle differenziazioni basandosi sui parametri ivi indicati⁴, circostanza che sarebbe «superabile attraverso un giudizio vertente sulla ragionevolezza della differenziazione prevista»⁵. È, dunque, il canone della ragionevolezza la bussola che deve guidare gli interpreti nella tutela di questo principio, assicurando, così, ai cittadini parità di trattamento⁶. Obiettivo che può essere raggiunto grazie all'attuazione del secondo comma dell'art. 3 Cost., inerente all'eguaglianza sostanziale⁷. Quest'ultima può essere, a buon diritto, definita come «principio generale», disposizione «differenziante dalle altre, dette particolari, per una maggiore relativa generalità della (...) fattispecie e soprattutto per la funzione costruttiva e connettiva cui (...) adempie nella dinamica dell'ordinamento»⁸. Ed è questo carattere – proprio di tale norma giuridica – che rende il valore dalla stessa tutelato come fondante e costitutivo del sistema giuridico italiano contemporaneo, preconditione necessaria per garantire la democrazia stessa⁹.

Il rispetto, dunque, di tale norma – in tutte le sue declinazioni, ivi compresa quella della parità tra i sessi¹⁰ – costituisce uno strumento per misurare il grado di salute di uno Stato sociale di diritto¹¹.

partiti, oltre che a motivi di carattere storico, sociale e culturale»: così, A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, cit., 47, oltre all'approfondita analisi di A. CAVARERO, *Platone*, Cortina-Milano, 2018.

⁴ A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 1971, 1565, come testimoniato in V. CRISAFULLI e L. PALADIN (curr.), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 27.

⁵ A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 1565, come si evidenzia in V. CRISAFULLI e L. PALADIN (curr.), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 27.

⁶ Si accenna, qui, al sistema per giudicare della legittimità costituzionale delle disposizioni, più incentrato sul comma secondo che sul comma primo, che pur dovrebbe esserne il padre: V. CRISAFULLI e L. PALADIN (curr.), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 33.

⁷ Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 48. Dello stesso avviso L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 324 ss.: la ragion d'essere del principio di eguaglianza sostanziale riposa sulla «antica e ben fondata convinzione che una perfetta eguaglianza della legge, accompagnata dalla disparità profonda delle fortune e delle condizioni sociali, non rappresenti ancora un'adeguata reale garanzia; e debba dunque venire rafforzata mediante una riforma della stessa società civile».

⁸ V. CRISAFULLI, *La Corte e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 15.

⁹ G. BERTI, *Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Vol. I, Napoli, 2004, 187. Qui l'autore afferma: «Il principio di uguaglianza tra gli uomini può dunque iscriversi a ragione nella prima pietra dell'edificazione giuridica della società. L'uguaglianza è l'ispirazione di fondo e di contenuto dell'organizzazione sociale in cui si esprime al suo inizio l'ordinamento giuridico». Di nuovo, «L'uguaglianza si rivela come la condizione giuridica sia della dimensione formale sia della dimensione sostanziale della democrazia. Infatti, il principio di uguaglianza, insieme alla partecipazione, costituisce il presupposto necessario e fondamento di un sistema democratico»: A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, cit., 58.

¹⁰ A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, cit., 59: «Il tema del riequilibrio della composizione della rappresentanza in un'ottica di genere viene spesso rappresentato come condizione necessaria per il “completamento della democrazia”, così come specularmente la scarsa presenza femminile nei più alti livelli decisionali è considerata un “deficit democratico”».

¹¹ È necessario, infatti, riferirsi al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione – al principio di eguaglianza sostanziale – perché tale valore acquisti una valenza concreta. In tal senso, è stato dichiarato dall'on. Lelio Basso, relatore della prima Sottocommissione: «non basta l'eguaglianza puramente formale, come quella caratteristica della vecchia legislazione, per dire che si sta costruendo uno stato democratico». Infatti, «l'essenza dello Stato democratico consiste nella misura maggiore o minore del contenuto che sarà dato a questo concreto principio sociale». Così, I Sottocommissione, seduta dell'11 settembre 1946, in A.C., VI, 338. Senza l'eguaglianza in senso sostanziale, si argomenta, non vi sarebbe libertà: «libero non è colui che ha un diritto astratto senza il potere di esercitarlo, bensì colui che oltre al diritto ha anche il potere di esercizio». Così, N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino, 1955, 272; M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, Padova, 1983, 131; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova,

Per tale ragione, incoraggiare e sostenere – con l'introduzione di specifiche previsioni legislative¹², oltre che tramite l'azione dei giudici delle leggi¹³ – l'eliminazione della discriminazione di genere costituisce un elemento centrale nel cammino verso una compiuta democrazia¹⁴.

Da qui deriva, dunque, il problema, analizzato dalla presente trattazione. Seppure, infatti, le disposizioni di rango costituzionale – oltre che nazionale e regionale¹⁵ – affermino, oggi, l'eguaglianza tra uomo e donna in ogni ambito della vita, sia privata che pubblica, il sesso femminile si vede – alla prova dei fatti – ostacolato nel raggiungimento di una posizione di potere e prestigio – soprattutto con riferimento alle cariche elettive – nel nostro ordinamento¹⁶.

Lo scopo di quest'analisi è quello di indagare, innanzitutto, quali siano state le principali innovazioni – normative e giurisprudenziali – che hanno attraversato il sistema giuridico italiano e che agitano, ancora oggi, la mente dei cittadini. Si procederà adottando una prospettiva nuova, basata su una lettura del fenomeno della discriminazione di genere nell'accesso alle cariche pubbliche in chiave storica e comparatistica. La finalità a ciò sottesa è di individuare – tramite strumenti di indagine ad oggi poco utilizzati – delle possibili soluzioni a tale problema.

1.1. *Il metodo: una prospettiva storica e comparata*

Il metodo prescelto si inserisce, innanzitutto, in un contesto di allontanamento dal rigido normativismo¹⁷, basandosi su un approccio che guarda all'esperienza. Rivolgersi alla realtà è fondamentale per comprendere se i diritti – astrattamente propugnati dalle carte costituzionali e dagli altri testi normativi – trovino una loro concretezza e un effettivo riscontro¹⁸.

2002, 8. Sul rapporto tra il primo e il secondo comma dell'art. 3 Cost. ci si riferisce al legame tra liberismo e democrazia: così sottolineano, *ex multis*, V. CRISAFULLI E L. PALADIN (curr.), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 30.

¹² Si accenna, qui, al tema delle azioni positive (che sarà analizzato successivamente), oltre che alle disposizioni introdotte dalla normativa elettorale nazionale e regionale.

¹³ Si fa, in questa sede, riferimento all'importanza che svolge la giurisprudenza – in particolare, quella costituzionale – nell'ordinamento giuridico italiano contemporaneo.

¹⁴ A tal proposito, è d'uopo ricordare le parole di Teresa Mattei, seduta pomeridiana, Assemblea costituente, 18 marzo 1947. Quest'ultima così si esprimeva: «Non vi può essere (...) un solo passo sulla via della democrazia, che non voglia essere solo formale ma sostanziale, non vi può essere un solo passo sulla via del progresso civile e sociale che non possa e non debba essere compiuto dalla donna insieme all'uomo, se si voglia veramente che la conquista affermata dalla Carta costituzionale divenga stabile realtà per la vita e per il migliore avvenire d'Italia».

¹⁵ Si rinvia, nuovamente, alla legislazione nazionale in tema di azioni positive, che, sotto diversi profili, è rivolta ad assicurare ed incoraggiare la parità tra i due sessi, oltre che alla normativa – nazionale e regionale – riguardante la regolamentazione delle competizioni elettorali.

¹⁶ I fatti parlano da soli: è vero che la percentuale di donne in governi e parlamenti è raddoppiata, passando dal 12% del 1995 al 24,3% del 2019, ma gli uomini hanno ancora il 75,7% dei seggi in Parlamento. Così E. GIOMI, *Se il ruolo di vittima è il più visibile nei media*, in *la Repubblica*, 4 settembre 2020, 28 (a margine). Sul legame, inscindibile, tra il concetto di eguaglianza, di democrazia e di rappresentanza politica si veda A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, cit., 58: «Il sodalizio tra principio di uguaglianza – soprattutto sostanziale – e suffragio universale, rende possibile la formazione di uno Stato effettivamente rappresentativo».

¹⁷ Normativismo che continua ad essere predominante, a causa delle consolidate tradizioni metodologiche dei giuristi pubblicisti in genere e dei costituzionalisti in specie. Tuttavia, non è mancato chi ha ritenuto una simile prospettiva inadeguata, allorché le trasformazioni istituzionali sono divenute così rapide, da non essere suscettibili di una definizione puntuale e, per così dire, statica. Ad ogni buon conto, poiché qui si tratta soltanto di un cenno, che chiarisce quale è la prospettiva assunta da chi scrive, mi limito a rinviare, per tutti, ad AA.VV., *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, S. Cassese (a cura di), Milano, 2002.

¹⁸ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, Bologna, 2001, 23: «(...) le donne subiscono gravi ineguaglianze malgrado una promettente tradizione costituzionale». Qui ci si riferisce alla situazione indiana, ma queste parole si iscrivono in una prospettiva più ampia, che vede le cittadine delle democrazie contemporanee legate dai medesimi problemi. In particolare, si ricordi che il superamento del formalismo giuridico negli Stati Uniti è stato avviato dall'Associate Justice della *Supreme Court* Oliver Wendel Holmes, il quale sosteneva che «La vita del diritto non è mai stata logica, ma esperienza. Le necessità del periodo, le prevalenti dottrine morali e politiche, le intuizioni di public policy deliberate o inconsce, persino i pregiudizi che i giudici condividono con i loro confratelli hanno fatto assai più del sillogismo nel determinare le regole

Per condurre tale disamina sarà opportuno prendere in considerazione, in primo luogo, l'evoluzione che il ruolo delle donne in politica ha subito nel corso del tempo, volgendo, quindi, l'attenzione alla dimensione storica. Molte sono state, infatti, le figure femminili che hanno influenzato le sorti di regni e principati, senza, però, comparire ufficialmente come artefici di tali cambiamenti¹⁹. Basti pensare all'influenza esercitata da alcune celebri donne dell'età augustea sulla politica del *princeps*. Fondamentali, infatti, nella crescita del neo-nato Impero romano, la sorella, la moglie e la figlia di Augusto ne segneranno il cammino e le scelte con determinazione, rendendosi, in modi diversi, indispensabili. In particolare, sono le personalità – opposte ma sempre legate – di Livia e Giulia che attraggono maggiormente la fantasia degli studiosi: la prima, devota e casta matrona, descritta dai contemporanei come astuta e calcolatrice; la seconda, ribelle e anticonformista figlia del padrone di Roma, pedina delle sue politiche di alleanze matrimoniali e, infine, sua nemica²⁰.

Le vicende di queste donne dimostrano come nel mondo antico, nonostante da un punto di vista prettamente normativo non fosse riconosciuto loro alcun diritto politico di elettorato attivo o passivo²¹, queste ultime fossero riuscite, comunque, a raggiungere le più alte sfere del potere, determinandone, a volte, i fatali esiti²². Ciò che ci insegnano questi personaggi è l'importanza di adottare uno sguardo diverso, di attenzione all'esperienza individuale, che può influenzare – anche significativamente – il mondo sociale e giuridico²³. Tale visione ha inaugurato un vero e proprio nuovo genere letterario, che analizza le storie dei singoli per comprendere i grandi mutamenti degli ordinamenti²⁴.

attraverso cui gli uomini devono essere governati». Così riporta V. BARSOTTI e V. VARANO (curr.), *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2018, 340.

¹⁹ E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, 2010, 208 ss.

²⁰ E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., 209: «la letteratura presenta figure di donne ben diverse dalle antiche *matronae*: donne che esibiscono la loro cultura parlando in greco, che frequentano i bagni pubblici, che si allenano alla lotta e partecipano alle cacce, bevono vino, si truccano, divorziano come e quando vogliono, giungendo (...) a cambiare cinque mariti in otto anni».

²¹ E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., 201 ss.

²² E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., 208 ss.

²³ Sull'importanza di tale aspetto si segnala che la stessa letteratura dimostra – sempre di più negli ultimi anni – come il ruolo delle donne sia stato determinante in molte note vicende storiche, in una prospettiva di rivalutazione del ruolo delle stesse, soprattutto con riferimento al mondo della politica. Così, ad esempio, ha fatto G. SULPIZI, *Sotto il segno di Venere. Giulia, figlia dell'imperatore Augusto*, Parma, 2014. In quest'opera si mette chiaramente in luce, tramite la forma letteraria del romanzo, la complessità della vita della figlia di Augusto, che, anche se educata per incarnare il modello della perfetta matrona romana, si ribella alle regole e alle convenzioni e partecipa in prima persona agli eventi del suo tempo. Allo stesso modo descrive il personaggio L. BRACCESI, *Giulia, la figlia di Augusto*, Bari, 2014, in S. NICCOLAI, *Donne: oggetti o soggetti dell'uguaglianza e del diritto?*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, cit., 312-313 si sostiene, infatti, che: «(...) non si può rendere giustizia alle donne (...) se (...) la loro *esistenza soggettiva* fatta di esperienze che hanno composto storia e trama sia della società, sia di singole biografie, se la loro natura è preclusa all'indagine, alla nominazione, se l'essere donna (...) è fatto coincidere con una serie infinita di mutevoli costrutti sociali, (...) in cui le donne (...) non hanno mai avuto alcuna parte attiva». L'impostazione di Niccolai è volta a delineare una nuova nozione di diritto, il quale, se «sottoposto a un'indagine soggettiva», «ci appare, al pari della lingua, il risultato proprio di quella serie infinita di attività, anche se modeste, frutto di collaborazione e cooperazione»: così, S. NICCOLAI, *ivi*, 300, che, a sua volta, riprende la tesi di A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, 1954, 178.

²⁴ Questo nuovo genere letterario è nato con riferimento alle figure dei singoli giudici costituzionali, determinando una riflessione sul loro percorso personale e professionale. «La rivisitazione della *law in action*, processo in corso nelle democrazie contemporanee attraverso molteplici *legal genres*, compreso quelle della letteratura e saggistica che fa capo ai singoli giudici costituzionali, si realizza (...) attraverso la riflessione non solo sulla fattualità degli eventi ma, anche, sulla scorta della stessa esperienza, carriera e capacità del singolo giudice di prendere posizione ed esprimere pubblicamente il proprio pensiero. E ciò (...) non può che risultare (...) correlato alla dimensione emotiva del giudice stesso»: così, G. TIEGHI, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, in *Rivista AIC*, n.1/2020, 171-172. Si noti, poi, come, negli Stati Uniti, esista un movimento noto come “*Law and Literature*”, che sostiene l'importanza degli studi letterari nella formazione del giurista contemporaneo: la

Sono le azioni, le battaglie e le scelte degli uomini e delle donne – del passato, come del nostro tempo – che influenzano ciò che siamo e il mondo in cui ci muoviamo. Se non vi fosse stata la forza e la determinazione di Mary Wollstonecraft, che difese i diritti del suo sesso, non sarebbe mai stata affrontata nel Settecento la questione della partecipazione delle donne alla vita pubblica²⁵.

Nonostante, però, le posizioni espresse dalla scrittrice inglese e dai suoi contemporanei illuministi – propugnanti la famosa *égalité* –, il “sesso debole”, nel XVIII e nel XIX secolo, non si vide riconoscere alcun diritto politico²⁶. La parità resta, dunque, in tale periodo storico, prerogativa maschile e non coinvolge le donne, che, pure, ebbero modo, in Europa e non solo, di contribuire al progresso culturale e sociale dei propri Paesi²⁷.

Dovranno, infatti, passare diversi lustri prima che il genere femminile sia ufficialmente ammesso a ricoprire uffici pubblici. E ciò, non senza conseguenze.

È il 2 giugno 1946 la data maggiormente significativa a tal riguardo²⁸. Da una parte, poiché è in questo momento che le donne sono ammesse per la prima volta al voto, senza distinzione alcuna rispetto alle controparti maschili²⁹. Dall'altra, poiché in quelle elezioni – per la composizione dell'Assemblea costituente – furono scelte diverse figure femminili, cinque delle quali entrarono, altresì, a far parte della Commissione dei Settantacinque, contribuendo, così, direttamente, «alla stesura della proposta di Costituzione»³⁰.

Ciò che risulta interessante sottolineare è che le Costituenti non concentrarono il loro lavoro sulle tematiche considerate come prettamente “femminili”³¹, ma diedero il loro contributo a questioni non

letteratura può, infatti, influenzare profondamente il mondo del diritto e dell'interpretazione giudiziale. Così testimoniano V. BARSOTTI e V. VARANO (curr.), *La tradizione giuridica occidentale*, cit., 342.

²⁵ M. WOLLSTONECRAFT, *Sui diritti delle donne*, Milano, 2010. Sosteneva, infatti, di «non desiderare che le donne abbiano potere sugli uomini, ma su se stesse», come ricorda L. IPPOLITO, *La statua nuda della (prima) femminista indigna le eredi*, in *Corriere della Sera*, 12 novembre 2020, 23. In quest'articolo si ironizza su come la Wollstonecraft, dopo secoli dalla sua morte, continui a restare al centro del dibattito. Molte femministe inglesi, infatti, si sono opposte alla statua dedicata a Londra, che la rappresenta nuda: immagine irrispettosa, oltre che poco veritiera.

²⁶ M. WOLLSTONECRAFT, *Sui diritti delle donne*, cit., 7: «Le donne avranno pur diritto di salire alla tribuna, se hanno quello di salire al patibolo». La critica della scrittrice del Settecento esprime chiaramente ciò che sostiene, con riferimento alla Rivoluzione francese, M. PEDRAZZA GORLERO, *Congetture costituzionali*, cit., 256: «L'eguaglianza sarà chiamata a conservare la differenza sessuale come differenza originaria» nelle dottrine contrattualistiche. Secondo, infatti, le prospettive e le teoriche delineate da pensatori quali Locke e Hobbes, oltre che da illuministi quali Voltaire e Rousseau, i cittadini sono titolari di alcuni diritti inalienabili, tra cui rientra anche l'eguaglianza. Tale principio, però, non si applica ad alcune differenze che vengono definite come “originarie”. Tra queste, si annovera anche la differenza sessuale.

²⁷ L'eguaglianza, dunque, costituisce un principio, la cui affermazione resta, dalla fine del Settecento ai primi decenni del Novecento, circoscritta, in molti Paesi europei che, pure, avevano subito l'influenza delle “Rivoluzioni atlantiche” (quella americana e francese, sulla scorta della nota definizione di J. Godechot, cui si accennerà *infra*), al solo sesso maschile, bianco e borghese. Così chiarisce, nel suo contributo, M. PEDRAZZA GORLERO, *Congetture costituzionali*, cit., 256 ss.

²⁸ L'importanza della dimensione storica della Costituzione stessa è sottolineata da S. NICCOLAI, *Donne: oggetti o soggetti dell'uguaglianza e del diritto?*, cit., 311, in cui si afferma che «Il costo della scelta di interpretare la Costituzione come progetto normativo di società è stato trascurare che la Costituzione, pur nuova, affonda le radici nella storia, e in particolare nella storia del diritto, è storia».

²⁹ In questa data le donne esercitarono per la prima volta il diritto di elettorato attivo e passivo: M. CARTABIA, *Attuare la Costituzione: la presenza femminile nelle istituzioni*, in M. D'Amico e S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti?*, Milano, 2017, 15 ss.; M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, cit., 20.

³⁰ Si tratta di Angela Gotelli, Maria Federici, Nilde Iotti, Angela Merlin e Teresa Noce, come testimonia M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, cit., 21. La Domenica del Corriere (4 agosto 1946) le descriveva così: «Laureate o lavoratrici, tutte hanno cooperato con slancio al movimento femminile, alla resistenza e alla lotta clandestina e giungono in Parlamento con una esperienza dei problemi sociali che renderà particolarmente interessante la loro attività alla Costituente». Così il cronista di Montecitorio, *Le 21 donne alla Costituente*, in *La Domenica del Corriere, Supplemento illustrato del Corriere della Sera*, 4 agosto 1946, 3.

³¹ Le donne non devono accedere ad incarichi pubblici perché legate a tematiche più “femminili” o perché dotate di una sensibilità che le rende maggiormente indicate a trattare di certe questioni. Così, S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*. Rassegna,

direttamente collegate alla funzione e al ruolo della donna nella società³², con ciò sottolineando il grande senso di responsabilità che esse ritenevano gravare sulle proprie spalle in seguito alle elezioni³³.

Ed è proprio questa responsabilità che le fece agire insieme: nonostante le loro diversità, chiesero l'introduzione di numerosi principi attinenti alla parità tra i sessi – nella vita privata, professionale e pubblica –, «in virtù di una sintonia con la società femminile più avanzata e rispetto alla quale avevano un mandato da realizzare»³⁴.

Si deve, non a caso, all'on. Angela Merlin l'introduzione al comma 1° dell'art. 3 Cost. dell'espressione «senza distinzioni di sesso», che precisa e qualifica il divieto di discriminazione di genere³⁵. Ed è stata Teresa Mattei a chiedere l'aggiunta delle parole «di fatto» nel predetto articolo, sottolineando che la mera parità formale non potesse essere considerata come sufficiente³⁶.

In particolare, però, risulta centrale sottolineare l'apporto del sesso femminile alla formulazione dell'art. 51 Cost., riguardante la parità di accesso alle cariche pubbliche. Nel Progetto di Costituzione delineato dalla I Sottocommissione compariva una formula molto discussa, nella quale si enunciava che l'accesso alle cariche pubbliche sarebbe stato consentito a «Tutti i cittadini d'ambo i sessi (...) in condizione d'eguaglianza, conformemente alle loro attitudini, secondo le norme stabilite dalla legge»³⁷. Particolarmente difficile fu togliere ogni riferimento alle «attitudini» dal testo costituzionale: mantenerlo avrebbe autorizzato, altrimenti, il legislatore a derogare apertamente alla parità dei sessi. Non a caso, l'on. Meuccio Ruini arrivò a sostenere che questa previsione avrebbe consentito al Parlamento di presumere «che per determinati posti le donne non hanno attitudine»³⁸. Si arrivò, infine, soprattutto grazie all'intervento dell'on. Maria Federici, alla sostituzione di questo termine con il più generico e neutro riferimento ai «requisiti» prescritti dalla legge³⁹, giungendo, così, alla versione – *ante* riforma del 2001 – dell'art. 51 Cost.⁴⁰.

Ciò che rileva dall'analisi fin qui condotta è che, significativamente, il legislatore costituente è stato molto più cauto nell'affermare la parità tra donne e uomini con riferimento all'accesso alle cariche pubbliche, non approdando – in un primo momento – ad una prospettiva «*sex blind*»⁴¹.

Bologna-Roma, 31 marzo 2019, 3. L'idea, al contrario, che le donne siano dotate di una sensibilità superiore risiede in molti pensatori, esponenti del c.d. femminismo della differenza. In particolare, si accenna qui alla corrente statunitense, la cui pensatrice fondamentale è C. GILLIGAN, *In a different voice*, Cambridge, 1982.

³² «(...) come il sistema scolastico, il diritto di proprietà, le Regioni, la partecipazione dei lavoratori ai consigli di gestione delle imprese la riforma agraria»: M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, cit., 23.

³³ M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, cit., 23.

³⁴ M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, cit., 23.

³⁵ M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, cit., 24. L'on. Merlin portò l'attenzione sul «concetto dell'uguaglianza dei diritti della donna nei confronti dell'uomo» durante i lavori della III Sottocommissione, 13 settembre 1946.

³⁶ «Le donne italiane desiderano qualche cosa di più esplicito e concreto che le aiuti a muovere i primi passi verso la parità di fatto, in ogni sfera, economica, politica e sociale, della vita nazionale»: così, l'on. Teresa Mattei, seduta pomeridiana, Assemblea costituente, 18 marzo 1947. Per un approfondimento sul tema si veda P. PACINI, *La Costituente: storia di Teresa Mattei: le battaglie della partigiana Chicchi, la più giovane madre della Costituzione*, Milano, 2011.

³⁷ M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, cit., 27.

³⁸ Presidente Meuccio Ruini, seduta pomeridiana, Commissione per la Costituzione, 25 gennaio 1947.

³⁹ Fu la stessa on. Federici ad affermare, durante la discussione attinente all'art. 51 Cost. in Assemblea costituente, del 22 maggio 1947: «Noi donne di tutti i settori dell'Assemblea abbiamo colto un'intenzione particolare, e cioè che si volesse limitare alle donne la possibilità di accedere ai pubblici uffici o alle cariche elettive (...). Noi vediamo in questa formulazione due barriere che desideriamo siano abbattute (...). Poiché le attitudini non si provano se non col lavoro, escludere le donne da determinati lavori significherebbe non provare mai la loro attitudine a compierli».

⁴⁰ Art. 51, 1° co., Cost., che, nella sua vecchia formulazione, recitava: «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge».

⁴¹ Così, M. CARTABIA, *Attuare la Costituzione: la presenza femminile nelle istituzioni*, cit., 18, laddove afferma che «la Costituzione richiedeva alla legge di essere cieca». Non stupisce, infatti, che sia proprio questa disposizione normativa a destare un vivo dibattito in seno alla dottrina. Fondamentale sul tema risulta essere l'apporto di studiosi come Paladin e Crisafulli, i quali sostengono che la riserva di legge, contenuta nell'art. 51 Cost. licenziato dall'Assemblea, «non avrebbe

È stata la Corte costituzionale, però, a dare una svolta all'applicazione del sopracitato articolo, con la celebre [sentenza n. 33/1960](#), laddove si è arrivati ad affermare «la portata precettiva del principio di eguaglianza in materia di accesso ai pubblici uffici, rimuovendo la norma che escludeva le donne da moltissimi impieghi pubblici»⁴². Questa nuova interpretazione intervenne a Costituzione invariata⁴³, ma è fondamentale per testimoniare la forza creatrice della giurisprudenza costituzionale e il suo valore di *inventio*⁴⁴.

Tale visione si spiega con una mutata sensibilità che si fa strada nella stessa Consulta e che, già negli anni '60 del secolo scorso, sembra contaminare l'Europa tutta e il mondo occidentale. Da qui deriva la necessità, per condurre un'analisi del tema della discriminazione di genere nell'ordinamento italiano contemporaneo, di guardare anche all'estero, utilizzando il metodo della comparazione per osservare, con nuovi occhi, la stessa infelicità che accomuna molte donne⁴⁵.

Il legame tra il sistema giuridico italiano e statunitense, in particolare, è antico e affonda le sue radici in una matrice costituzionale comune, nata dal tempo delle «Rivoluzioni atlantiche» settecentesche⁴⁶. È, dunque, in queste circostanze che viene a delinarsi un cammino condiviso, che unisce le due sponde dell'Oceano, il Paese di George Washington e il continente europeo⁴⁷.

in alcun modo potuto intendersi come autorizzativa di una disparità di sesso». In particolare, V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giur. cost.*, 1958, come commento alla [sentenza della Corte costituzionale n. 56/1958](#). A contrario, Esposito sostiene che «nel suo complesso l'art. 51 Cost. andava letto come una norma che impediva solo forme generali di esclusione delle donne da tutti i pubblici uffici, consentendo invece preclusioni in relazione a specifici incarichi, in ragione della presunta minore idoneità delle donne a svolgerli». Sul dibattito tra gli studiosi si veda, per una trattazione più ampia, U. POTOSCHNIG, *Art. 97 (art. 51)*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994, 371, oltre che C. SICCARDI, *Il ruolo della dottrina nell'evoluzione del principio di parità di genere nell'accesso alle cariche elettive e ai pubblici uffici*, in M. D'Amico e S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti?*, cit., 263 ss.

⁴² Si vedano le riflessioni di V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, cit., 564 ss.; C. ESPOSITO, *Il sesso e i pubblici uffici*, in *Giur. cost.*, 1960, 568 ss.; C. MORTATI, *L'accesso delle donne ai pubblici uffici*, *Dem. e Dir.*, 1960, 147.

⁴³ M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, cit., 41.

⁴⁴ Secondo la nozione elaborata da P. GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, 126, attinente al «reperimento» del significato proprio delle disposizioni. Il giudice, in questo modo, diventa «il più autentico garante della crescita di un ordinamento giuridico, della sua perenne storicità e, pertanto, della sua salutare coerenza al divenire sociale» (ivi, 129).

⁴⁵ Sull'importanza della comparazione, come strumento per analizzare le istanze comuni alle democrazie contemporanee, si veda, innanzitutto, G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Milano, 2019, 5: «Per l'odierno studioso del diritto costituzionale l'impegno ad approfondire la tematica della comparazione si presenta particolarmente attuale a causa dell'intensificarsi dei rapporti fra le diverse aree geografiche che caratterizza il mondo contemporaneo e per il diffondersi di processi di collaborazione e integrazioni fra ordinamenti che richiedono confronti fra diverse concezioni dei valori costituzionali». Per una concezione c.d. realistica della Costituzione e della comparazione si rinvia anche a G. BOGNETTI, *L'oggetto e il metodo*, in AA.VV., *Diritto costituzionale comparato*, tomo I e II, P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), Roma-Bari, 2014, 723 ss. Le vicende del singolo Paese non sono, dunque, da considerare come elementi a sé stanti, bensì come aspetti inseriti in un ambiente dialogico, predisposto al confronto e alla «comparazione critica di idee»: così, M. BERTOLISSI, *Fiscalità Diritti Libertà. Carte storiche e ambiti del diritto*, Napoli, 2015, 39.

⁴⁶ Si accenna, in questa sede, alla celebre impostazione di J. GODECHOT, *Le Rivoluzioni (1770-1799)*, Milano, 1989. Il legame tra l'ordinamento statunitense e quello italiano è stato, poi, messo chiaramente in luce da U. VINCENTI, *Modello repubblicano, sovranità popolare e Costituzione del '48*, in *Riforme. Opinioni a confronto*, M. Bertolissi (a cura di), Napoli, 2015, 42 ss. Qui si delinea la comune origine del pensiero di filosofi come Rousseau e Voltaire e dei Padri costituenti americani, i quali, inoltre, guardano con ammirazione al modello della *Res Publica* romana.

⁴⁷ Le suggestioni e le relazioni tra gli ordinamenti europei e il sistema giuridico statunitense sono molte. Da una parte, è il Paese di George Washington che guarda alla romanità. Dall'altra, le idee della Rivoluzione inglese portano alla guerra d'indipendenza americana e questo slancio appassionato ispira i rivoluzionari francesi. Tali elementi sono stati oggetto dell'analisi condotta, tra i suoi numerosi contributi, da U. VINCENTI, *Modello repubblicano, sovranità popolare e Costituzione del '48*, cit., 42 ss. Sugli influssi delle teoriche giusnaturalistiche ed illuministe sulla Costituzione americana e, in particolare, sulla formulazione del *Bill of Rights*, si veda U. MATTEI e E. ARIANO (curr.), *Il modello di common law*,

Oggi, esso risulta ancora più importante se si guarda alle dichiarazioni dei giuristi⁴⁸ e dei giudici costituzionali dei due ordinamenti, laddove si arriva ad affermare che sussistono delle somiglianze tra l'operatività della Corte costituzionale italiana e della Corte Suprema statunitense⁴⁹.

Non è un caso, dunque, che si delinei la necessità di studiare la condizione femminile in entrambi questi Paesi tramite un approccio – quello della comparazione sincronica e diacronica tra ordinamenti – fino ad ora poco utilizzato. Così facendo, si può, dunque, notare un tratto distintivo delle donne – italiane e non – che nel Novecento hanno raggiunto incarichi di potere: la loro strenua lotta nel tentativo di conciliare la loro immagine pubblica con quella privata e affettiva e superare gli stereotipi legati al sesso⁵⁰. Nonostante, infatti, fossero stati compiuti molti passi avanti, la discriminazione di genere restava – e resta tutt'ora⁵¹ – un tema variamente e ampiamente dibattuto.

1.2. *Alla prova dell'istituzionalismo: ancora un lungo cammino verso la parità per il genere femminile?*

La questione della disparità di trattamento, con specifico riferimento all'accesso cariche pubbliche, costituisce una problematica di forte attualità, che evidenzia la distanza che – spesso, purtroppo – sussiste tra le disposizioni costituzionali e la loro pratica applicazione⁵².

Torino, 2018, 124-125: qui si analizza l'impatto che tali visioni ebbero sul diritto costituzionale statunitense, grazie al fondamentale apporto della figura carismatica di James Madison.

⁴⁸ Sull'importanza della comparazione euroatlantica si esprime G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 301 ss., arrivando a definire una «tradizione costituzionale comune». In particolare, egli sostiene che tratti distintivi della tradizione giuridica occidentale, sorti proprio sulla scia dell'Illuminismo e delle Rivoluzioni, siano la distinzione tra istituzioni giuridiche e religiose e tra politica e diritto: esse sono fondamentali perché capaci «di minimizzare le differenze tra *common law* e *civil law* sottolineando l'esistenza di un complesso di valori comuni ai due sistemi» (G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, cit., 303). Come lui, sulla comparazione in seno agli ordinamenti di tradizione occidentale, V. ZENO ZENCOVICH, *Comparing comparative Law*, in G. Resta, A. Somma e V. Zeno Zencovich (a cura di), *Comparare*, Milano, 2020, 232.

⁴⁹ Che le due Corti si stiano muovendo, nel corso degli ultimi decenni, verso una direzione comune lo testimonia S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 165: «la somiglianza sta nella tendenza delle due Corti a considerare non il *law in books* ma il *law in action* (non le prescrizioni normative, ma le norme in quanto applicate)». Più ampiamente, nel corso di tutta l'opera l'autore, ex giudice della Corte costituzionale italiana, sottolinea l'importanza della comparazione, in particolare tra il sistema giuridico italiano e statunitense. Come lui, P. GROSSI, *Percorsi nel giuridico pos-moderno*, in *L'invenzione del diritto*, cit., 101: afferma che oggi vi è un fertile spazio di incontro tra sistemi di *civil law* e *common law*, in un mutato – e apertissimo – clima giuridico.

⁵⁰ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, cit., 102, laddove si rinvia al concetto di eguaglianza delle capacità. Tale nozione non vuol dire eliminare le differenze esistenti fra i sessi, ma considerarle come elementi di ricchezza, con lo scopo di dare nuova «attenzione per l'uguaglianza umana». Tali differenze sono, infatti, alla base di stereotipi di genere, che impediscono, di fatto, il raggiungimento della parità tra i sessi, come testimoniano, di nuovo, le esperienze di donne celebri. Basti pensare alla vicenda personale dell'*Associate Justice* della *Supreme Court* Ruth Bader Ginsburg, che, appena laureata, non riusciva a trovare lavoro come avvocato. Occupatasi da sempre dei diritti delle donne, era solita riprendere le parole della collega Sandra Day O'Connor: «*For both men and women the first step in getting power is to become visible to others, and then to put on an impressive show (...). As women achieve power, the barriers will fall*». Afferma, comunque, di aver visto grandi cambiamenti nel corso degli anni con riferimento alla condizione delle donne, ma «*one must acknowledge the still bleak part of the picture*»: così, R.B. GINSBURG, *My own words*, New York, 2016, XX.

⁵¹ Come si dimostrerà più ampiamente in seguito.

⁵² «La distanza tra regole costituzionali e (...) regolarità politiche esprime un'intollerabile divaricazione tra i suddetti modelli, dinanzi al quale non ci si può non interrogare sul grado di effettività della stessa Carta repubblicana»: così, L. VENTURA, *Diritto e fatti*, in questa *Rivista*, retro, 378. Il diritto – che dovrebbe essere guida della società civile e «assolvere ad una funzione, non solo descrittiva, ma anche e soprattutto "promozionale"» – non raggiunge sempre i risultati sperati: ivi, 379.

Da qui, la necessità di guardare alla realtà, che mette in luce, con tragicità, come, in Italia e negli Stati Uniti, tale problematica risulti ancora presente, a causa del persistente atteggiamento e organizzazione interna dei partiti⁵³, oltre che per ragioni di carattere storico, sociale e culturale⁵⁴.

Sulla scorta di tali considerazioni si può chiaramente constatare come le risposte date dall'istituzionalismo non siano adeguate: infatti, non sono in grado di assicurare la realizzazione dell'obiettivo dell'eguaglianza tra uomo e donna in tale ambito⁵⁵.

Adottando un approccio multidisciplinare⁵⁶, si arriva facilmente a comprendere la complessità e la mutevolezza del problema trattato⁵⁷: solo attraverso la precisione e il rigore del giurista e l'attenzione dello studioso di altre discipline – tra cui, ad esempio, la psicologia – si giunge a dare

⁵³ Si accenna, in tale sede, ai sistemi di selezione dei candidati per le competizioni elettorali: le donne erano escluse sulla base di un meccanismo per cui le persone di potere avvertono come una minaccia l'avanzare di gruppi socialmente sfavoriti (in questo caso, le donne). Così si orienta A. DEL RE, *L'Europa per il riequilibrio della rappresentanza di genere*, intervento alla Camera dei Deputati in occasione del seminario "Genere e cittadinanza: cinquant'anni di politiche europee", Roma, 31 maggio 2007, 10.

⁵⁴ Anche dopo il 1948 si percepiva la necessità di evidenziare una netta separazione di ruoli tra l'uomo e la donna: il primo, infatti, era colui che era destinato all'esercizio dell'attività pubblica; la seconda era, invece, destinata alla cura della casa e della famiglia. Si evidenziava, inoltre, che, anche se la figura femminile si fosse avvicinata alla politica, avrebbe trovato numerose difficoltà a conciliare la propria occupazione con gli impegni familiari: ciò, quindi, rappresentava un ulteriore ostacolo alla partecipazione politica femminile. A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 13.

⁵⁵ A.H. EAGLY e L.L. CARLI (curr.), *Through the labyrinth*, Boston, 2007, 27: «Because some women have moved into the most elite leadership roles, absolute barriers are a thing of the past. (...) we reveal the forces responsible for this increasing presence of women as well as for the continuing predominance of men, especially at the higher levels». Queste le dichiarazioni in merito agli Stati Uniti. Con riferimento all'Italia si nota come la posizione delle donne nei ruoli apicali sia ancora una questione all'ordine del giorno, soprattutto in tema di rappresentanza politica nazionale e territoriale: così testimonia L. GAITA, *Politica, parità di genere lontana nonostante le leggi per favorirla. I nodi? Ruoli apicali e differenze territoriali*, in *il Fatto Quotidiano*, 5 dicembre 2018. Sussiste, oggi, la necessità di rivedere gli approcci all'eguaglianza: infatti, «una più ampia comprensione della soggettività richiede di includere nella riflessione (...) le concrete circostanze che, in fatto, qualificano la differenza, riconoscendola ma impedendo al tempo stesso che si irrigidisca e si trasformi (...) in diseguaglianza». Così si è espressa A. SCHILLACI, *Pensiero delle donne ed esperienza giuridica: alcune riflessioni*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, cit., 355. In questo senso si delinea l'importanza di operare un giudizio di ragionevolezza, come «strumento giuridico funzionale a restituire dignità, nel giudizio di eguaglianza, ai fatti e alle concrete condizioni di esistenza messe a comparazione» e come «strumento di articolazione critica del rapporto tra diritto e vita, in relazione al giudizio di eguaglianza tra situazioni» (ivi, 357). Concordano, *ex multis*, A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2016, 625 ss.; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, nonché AA.VV., *Ragione, ragionevolezza, esperienza (esperimento), dimensione oggettiva e storica della ricerca scientifica e giuridica*, Roma, 2007; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000. Contro, più in generale, un approccio istituzionalista si vedano le parole di E. STRADELLA, *Differenza, genere, pari opportunità e costituzionalismo: possibili intrecci. Brevi note*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, cit., 382: «(...) il diritto, operando strutturalmente attraverso stereotipi, svolge una funzione identificante (...) nella definizione di alcuni, in quanto definendo le proprie categorie sulla base di astrazioni delle relazioni umane, svuota gli individui del proprio significato e li riduce a vuoti simulacri».

⁵⁶ Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 16, che tratta dell'importanza di un approccio interdisciplinare: «Il cultore del diritto si mostra con formule prescrittive. Il giurista appare, normalmente, "più arido e limitato" rispetto ad altri studiosi, in quanto ciò che esula dalle predette formule prescrittive è destinato a rimanere estraneo all'indagine. Nel contempo, egli è talora più preciso di altri osservatori, in quanto le sue tesi debbono misurarsi con una specifica pratica, quale è quella dell'esperienza giuridica».

⁵⁷ Si tratta di una letteratura sconfinata, che, in questa sede, risulta limitata alle dissertazioni nate nell'alveo della scuola di psicologia, con riferimento, in particolare, agli studi sul genere di Alice Eagly. Quest'ultima ha condotto una lunga disamina sul tema del genere e degli atteggiamenti, con cui ha evidenziato che alcuni ruoli possono essere sessualmente tipizzati e che solo con l'incremento dell'assunzione di "ruoli maschili" da parte delle donne potrebbe verificarsi un cambiamento sostanziale negli stereotipi sessuali. La studiosa ha dimostrato, dapprima, con la sua vasta produzione accademica, come le figure femminili, nel corso della loro ascesa, si ritrovino costrette a fronteggiare un c.d. soffitto di vetro. Oggi, invece, Eagly parla di un "labirinto", di cui si dirà in seguito. Così spiegano M.A. HOGG e G.M. VAUGHAN (curr.), *Psicologia sociale. Teorie e applicazioni*, Milano-Torino, 2016, 210-211.

una corretta descrizione del fenomeno della disparità di genere, che sussiste nei due ordinamenti considerati, con riferimento all'accesso a pubblici impieghi⁵⁸.

In particolare, le indagini sugli stereotipi di genere, condotte dalla nota professoressa Alice Eagly⁵⁹, hanno dimostrato come sia la società stessa, con le sue strutture e i suoi pregiudizi, a determinare una continua discriminazione tra il genere maschile e quello femminile⁶⁰.

Non è un caso, infatti, che le donne che raggiungono le sfere più alte del potere politico siano generalmente malviste, definite come “bossy” o come “maschili”, rigide ed inflessibili “al pari di un uomo”⁶¹.

Raramente, infatti, nell'immaginario collettivo queste figure femminili si vedono descritte come materne e affettuose: essendo, infatti, il campo della partecipazione pubblica storicamente assegnato agli uomini, tali aspetti risultano secondari, financo dannosi per quelle donne che si trovino ad accedere a tali uffici⁶².

Ciò testimonia, dunque, come non siano sufficienti dei meri mutamenti legislativi, per quanto essi possano risultare importanti nella tutela delle minoranze e dei soggetti discriminati.

Tale circostanza risulta, infatti, delineata con particolare chiarezza nella metafora del “labirinto”, nel quale si vengono a trovare le donne che vogliono aspirare a posizioni di *leadership*: queste ultime rinvengono, ancora oggi purtroppo, numerosi ostacoli, di ordine psicologico e sociale, che impediscono loro di accedere a ruoli di primazia o potere⁶³.

È, poi, tramite l'adozione di un approccio comparatistico⁶⁴ che si può evidenziare come il vero problema delle democrazie contemporanee – che patiscono tale *vulnus* nella rappresentatività –

⁵⁸ A.H. EAGLY e L.L. CARLI (curr.), *Through the labyrinth*, cit., 30 ss.

⁵⁹ Professoressa di Psicologia della Northwestern University.

⁶⁰ A.H. EAGLY e L.L. CARLI (curr.), *Through the labyrinth*, cit., 82-94, spec. 92: «*Political leadership has a decidedly masculine image. People believe that political offices require agentic characteristics more than communal ones*». In questa parte dell'opera, l'autrice analizza gli stereotipi di genere, arrivando ad affermare che, per ragioni storiche, culturali e sociologiche, donne e uomini sono sempre stati associati a veri e propri modelli comportamentali diversi.

⁶¹ A.H. EAGLY e L.L. CARLI (curr.), *Through the labyrinth*, cit., 92: «*Because of this perception, which was extraordinarily strong in the past, the few women who attained powerful political positions had little choice except to identify themselves in masculine terms*». Tra gli esempi storici citati dall'autrice si annoverano Elizabeth I d'Inghilterra, Margaret Thatcher, Indira Gandhi e Jane Byrne. Similmente laddove si afferma «*Because women are perceived to be less competent, ambitious, and competitive (i.e., less agentic) than men, they may be overlooked for leadership positions unless they present themselves as atypical women*»: così, L.A. RUDMAN e J.E. PHELAN, *Blacklash effects disconfirming gender stereotypes in organizations*, in B.M. STAW e R.M. KRAMER (curr.), *Research in Organizational Behavior*, Piscataway, 2008, 62 ss., spec. 66-67.

⁶² Di nuovo, A.H. EAGLY e L.L. CARLI, *Through the labyrinth*, cit., 92, oltre che 102: «*I don't have a traditionally female way of speaking. (...) If I didn't speak the way I do, I wouldn't have been seen as a leader*». Come questa tendenza sia attuale lo testimonia V. MAZZA, *Le donne al potere prima di Kamala (ma soltanto in tv)*, in [Corriere della Sera online](#), 22 agosto 2020. Qui la giornalista, analizzando i personaggi femminili di potere delle serie tv americane, arriva a concludere come spesso queste donne siano rappresentate come fredde e spietate, calcolatrici e scaltre, disposte a tutto pur di raggiungere i propri obiettivi. Si tratta di donne che «hanno abbattuto il soffitto di cristallo», ma che devono ancora fare i conti con i pregiudizi e gli stereotipi di genere.

⁶³ Tra questi limiti si annoverano, *ex multis*, la resistenza ad accettare, per gli uomini, donne che occupino ruoli di *leadership* in settori tradizionalmente “maschili” (come la politica), la difficoltà del genere femminile di vedersi riconoscere le proprie autonome competenze e gli ostacoli, per il “sesso debole”, nel negoziare condizioni di lavoro vantaggiose e buoni salari. Ciò causa l'imprigionamento delle donne in un labirinto (da qui il titolo dell'opera) da cui è difficile uscire. Così argomenta A.H. EAGLY e L.L. CARLI, *Through the labyrinth*, cit., 161 ss.

⁶⁴ Per porre in essere la comparazione, tra diversi ordinamenti di *civil law* come tra ordinamenti di *civil law* e *common law*, fondamentale risulta «*La condivisione di una medesima tradizione costituzionale*». Solo così «*la omogeneità culturale si presenta (...) come uno dei presupposti della comparabilità*»: in questo senso, G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, cit., 309. Da qui, deriva l'importanza di un approccio comparatistico per delineare nuovi profili risolutivi ai problemi delle democrazie contemporanee: «*Astraendo da questo specifico profilo la tradizione costituzionale propria di un determinato ordinamento assume anch'essa una sua rilevanza in quanto caratterizza quel singolo ordine giuridico sia contribuendo a dare un proprio significato in sede interpretativa a singole specifiche disposizioni normative sia potendo essere utilizzata in caso di lacune ordinamentali per individuare un principio normativo*» (ivi, 312). Non a caso, si sostiene autorevolmente che «*Costituzionalismo è una forma di comunicazione tra*

sia dovuto ad impostazioni culturali, che attribuiscono ai due generi compiti e mansioni ben precisi⁶⁵. Combattere, dunque, tali idee e tale sistema di valori è il vero compito che il legislatore e la giurisprudenza – soprattutto quella costituzionale – dovrebbero imporsi.

Solo, infatti, tramite l'assicurazione del rispetto dell'eguaglianza – e, in particolare, dell'eguaglianza sostanziale – si potrà arrivare a definire un ordinamento giuridico basato sulla coesione sociale⁶⁶, uno dei cui elementi essenziali è rappresentato dalla partecipazione femminile al *decisioning process*⁶⁷. Le differenze – biologiche e non solo – esistenti tra uomini e donne sono evidenti ed innegabili, ma ciò non significa che un sesso possa definirsi come “superiore” ad un altro. In Italia, come negli Stati Uniti, si dovrebbe, infatti, arrivare alla consapevolezza che la *gender diversity* costituisce una ricchezza per l'ordinamento e non semplicemente un numero da esibire⁶⁸ o un lessico da “aggiornare”⁶⁹. Centrale risulta, quindi, basarsi sulle capacità dei singoli e tenere conto delle aspirazioni individuali delle donne e degli uomini⁷⁰.

culture che fa circolare idee»: in tal senso, P. RIDOLA, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in AA.VV., *Diritto costituzionale comparato*, tomo II, Roma-Bari, 2009, 739. «(...) la comparazione sincronica e diacronica (...) permette di indagare alle radici, piuttosto che mostrare solo le diverse foglioline dell'albero»: questa l'immagine che Bertolissi condivideva con i suoi studenti, di solito in occasione della prima lezione del corso di Diritto pubblico comparato, allo scopo di spingerli «a non fermarsi a ciò che appare evidente ad uno primo sguardo, ma a cercare “nuovi orizzonti, che aprano alla luce il nostro atrofizzato sapere” (...) “così lontano dalla realtà, così inerte di fronte al cambiamento”». Così, G. TIEGHI, in AA.VV., *Libertà Giovani Responsabilità. Scritti in onore di Mario Bertolissi*, Napoli, 2020, 377, riprendendo M. BERTOLISSI, *Prefazione*, in G. TIEGHI, *Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo. Il contribuente partner*, Napoli, 2012, XIV.

⁶⁵ A.H. EAGLY e L.L. CARLI (curr.), *Through the labyrinth*, cit., 87, laddove si tratta della divisione del lavoro e della persistente associazione alla figura maschile di compiti dinamici, per assegnare, al contrario, alle donne mansioni più statiche, attinenti alla vita privata e familiare. Sull'importanza di guardare alle dinamiche – giuridiche e sociali – che coinvolgono le questioni di genere secondo una prospettiva comparata basti, in questa sede, accennare alle considerazioni svolte da E. IORATTI FERRARI, *Linguaggio giuridico e genere*, in S. Scarponi (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Padova, 2016, 60-61, che esamina l'utilizzo di un linguaggio giuridico “di genere” negli Stati Uniti e in altri Paesi extraeuropei. La comparazione con l'ordinamento statunitense e l'operatività della Corte Suprema in tema *scrutiny* sulle discriminazioni basate sul sesso è trattata anche da E. STRADELLA, *Differenza, genere, pari opportunità e costituzionalismo: possibili intrecci. Brevi note*, cit., 372-373.

⁶⁶ Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 20: «L'eguaglianza sostanziale e la coesione sociale condividono la comune aspirazione a correggere le imperfezioni della struttura sociali ascrivibili al divario tra i consociati in termini di risorse e di status sociale», oltre che A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 5-6: «se il principio di eguaglianza (...) ha carattere *inclusivo*, cioè lo si deve proprio ai benefici effetti, alle reazioni sullo stesso prodotte dal principio di solidarietà: il valore che meglio di ogni altro illumina e orienta operatori e società civile nella soluzione delle più spinose questioni legate alla convivenza, specie di quelle che hanno riguardo alle relazioni in seno alle comunità multiculturali, sì da favorire l'integrazione nella salvaguardia dell'identità».

⁶⁷ Sull'importanza dell'apporto delle donne al mondo della politica e delle pubbliche relazioni – proprio a causa e in ragione dei diversi approcci che possono determinarsi in tal senso – si veda M. CAIELLI, *Per una democrazia duale: perché il genere nei nostri rappresentanti continua ad avere importanza*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, cit., 94-95: «le donne sono un sesso, (...), una connotazione dell'umanità». Le donne «rappresentano uno dei modi di essere dell'essere umano»: S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, cit., 3.

⁶⁸ Il riferimento, critico, è al tema delle c.d. quote rosa. Come si vedrà in seguito, tali strumenti non sempre hanno effetti positivi e risultano difficilmente compatibili con un sistema costituzionale aperto al concetto di eguaglianza tramite la valorizzazione delle differenze.

⁶⁹ Se è vero che la lingua e la linguistica sono un segno dei tempi e della cultura in cui si vive, esse non possono sostituire la sostanza della parità tra uomini e donne. Difficile credere che basti declinare al genere femminile termini come “Ministro” e “Sindaco” per raggiungere la parità o che possano essere segnali incoraggianti in tal senso. Basti pensare alle critiche rivolte all'ex Presidente della Camera dei Deputati, Laura Boldrini – che aveva chiesto che tutte le cariche pubbliche, se riferite a donne, fossero declinate al femminile – da parte dell'emerito Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano: “Continuerò a chiamarti signora presidente come facevo con Nilde Iotti”. Così, F. STEFANONI, *Napolitano: «Orribile “Ministra”»*. Boldrini: «La società cambia», in *Corriere della Sera*, 15 dicembre 2016.

⁷⁰ «(...) gli esseri umani sono diversi (...) in modi differenziati (...) nei fini e negli obiettivi»: si parla, quindi, di «eguaglianza della libertà di perseguire i nostri fini». Così, A.K. SEN, *La diseguaglianza*, Bologna, 1992, 123 e 125. Con

Lo sguardo del giurista contemporaneo deve, dunque, posarsi sulla sostanza, piuttosto che sulla forma, con la finalità di verificare se l'eguaglianza – vero e proprio valore del nostro sistema giuridico⁷¹ – sia assicurata, garantendo, così, la giustizia sociale⁷².

Partendo dal passato, di nuovo, si giungerà a comprendere quale possa essere il cammino che le generazioni future, in Italia come negli Stati Uniti, saranno chiamate a seguire, per approdare ad una nuova sensibilità, di educazione alla democrazia.

2. La risposta italiana: le azioni positive per combattere la discriminazione di genere nella rappresentanza politica

Il problema dell'esigua presenza femminile ai vertici della piramide economica, sociale e politica dei vari Paesi, europei ed extraeuropei, ha acquistato una grande rilevanza nel dibattito riguardante la parità di genere nelle società moderne. Non a caso, dunque, gli ordinamenti giuridici contemporanei non possono più prescindere dal contrasto e dalla prevenzione di atteggiamenti sessisti. Per questo, infatti, in tutti questi casi sono state definite varie misure “aggiuntive” per compensare situazioni diseguali⁷³.

Si è passati, dunque, da una fase di formale affermazione del divieto di discriminazione ad una fase successiva, in cui si è cercato di assicurare “effettività” ai diritti delle donne, attraverso la predisposizione di misure di protezione⁷⁴ volte a tutelare non solo il principio di eguaglianza formale, ma anche di eguaglianza sostanziale, secondo una prospettiva di solidarietà e giustizia sociale⁷⁵. Si arriva, così, a sancire non solo la semplice aspirazione a una pari dignità sociale “sulla carta”, ma si giunge a prescrivere altresì che la Repubblica debba rimuovere gli ostacoli all'emancipazione femminile⁷⁶.

Tale obiettivo ha trovato una sua configurazione con l'applicazione delle “azioni positive”⁷⁷. Queste ultime si concretano in misure specifiche «dirette a trasformare una situazione di effettiva

riferimento specifico, inoltre, al c.d. approccio delle capacità, nella sua specifica declinazione relativa al genere femminile, si veda M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, cit., 27. Quest'ultima parla di «*principio della capacità individuale*», sostenendo la necessità di guardare non solo all'astratta e formale affermazione dell'eguaglianza tra uomini e donne, ma anche e soprattutto alla possibilità per il sesso femminile di ottenere le risorse e l'indipendenza – economica e psicologica – rispetto alle controparti maschili. Tale *capabilities approach* è idoneo a realizzare una vita «autenticamente umana» e traduce «in termini pratici, dinamici e (...) socialmente situati il principio della persona come fine»: così spiega A. SCHILLACI, *Pensiero delle donne ed esperienza giuridica: alcune riflessioni*, cit., 359. Ciò non conduce, dunque, ad una «neutralizzazione delle differenze», poiché queste ultime sono fondamentali per delineare i limiti dell'autonomia dell'individuo, escludendone, così, la subordinazione e facendogli, al contrario, guadagnare dignità sociale (ivi, 360).

⁷¹ «Eguaglianza democrazia costituzione sono, come si è evidenziato, i termini ormai ineludibili dell'equilibrio – ancora recente, e dunque non esente da fragilità – che regge ed alimenta i processi di organizzazione della convivenza civile». Così argomenta A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., 38. Così anche S. RODOTÁ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, 34 e ss. Questi sostiene che la democrazia è sfidata da se stessa, in un processo faticoso, continuamente a rischio.

⁷² Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 18: «L'eguaglianza è la pertinente risposta ad una incessante domanda di giustizia».

⁷³ A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo “minato” della rappresentanza politica*, cit., 2.

⁷⁴ A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo “minato” della rappresentanza politica*, cit., 2.

⁷⁵ A. DEL RE, *L'Europa per il riequilibrio della rappresentanza di genere*, cit., 11, oltre a A. DEL RE, voce *Rappresentanza*, in A. Ribero (a cura di), *Glossario. Lessico della differenza*, Centro Studi e documentazione pensiero femminile, Torino, 2007, 221 ss. Non a caso, si parla di “*Equal justice under the law*” come obiettivo che gli ordinamenti moderni dovrebbero raggiungere. In tal senso, P. BAKER e J. ZELENY, *Obama hails judge as “inspiring”*, in *New York Times*, 26 maggio 2009.

⁷⁶ A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo “minato” della rappresentanza politica*, cit., 4.

⁷⁷ Si tratta di una tecnica di tipo teleologico: «non sono indicate le tipologie di azioni positive, il che lascia aperta la possibilità di discutere di tutte le possibili virtualità applicative del modello, ma le finalità, che configurano un rinvio ‘evidente, smaccato’ all'art. 3, comma 2, della Costituzione come ‘ambiente assiologico di riferimento’». In tal senso A.

disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità⁷⁸, che quindi «comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento, stabilito nell'art. 3, primo comma, della Costituzione»⁷⁹. Esse sono considerate, in altre parole, come «il più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende ad innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate (...) al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico, politico»⁸⁰.

Tali strumenti, dunque, si configurano come espressioni dell'agire pubblico positivo, volto a correggere le disuguaglianze sostanziali, affinché sia garantita un'effettiva eguaglianza e parità⁸¹, vere e proprie estrinsecazioni del valore normativo del secondo comma dell'art. 3, idonee a rappresentare «il titolo giustificativo delle norme e degli atti indispensabili ad attuare il programma (di ottenere l'eguaglianza 'di fatto'), quand'anche si tratti di misure altrimenti incostituzionali»⁸².

La questione delle azioni positive in tema di rappresentanza politica, aventi lo scopo di incentivare la partecipazione delle donne alla competizione elettorale, è stata oggetto di un lungo dibattito.

Il legislatore, infatti, ha tentato di dare una soluzione al problema della sotto-rappresentazione femminile con riferimento all'accesso alle cariche pubbliche, introducendo delle "quote" elettorali⁸³. In seguito all'emanazione di tali norme ci si è interrogati – in dottrina e in giurisprudenza – riguardo

D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 228 ss., che riprende il pensiero di O. MAZZOTTA, *Eguaglianza, parità e pari opportunità*, in *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, 1994, 482-483; A. BARBERA, *Una legge per le azioni positive*, in *Dir. prat. lav.*, Torino, 1991, 1237; F. LUNARDON, *Principio di uguaglianza, discriminazioni indirette ed azioni positive nella L. n. 125/1991*, in *GI*, 1992, 207; G. DE SIMONE, *Ancora su diritto diseguale ed eguaglianza sostanziale*, in *Nuove Leggi Civ. Comment.*, 1994, 21; B. PEZZINI, *Principio costituzionale di uguaglianza e differenza tra i sessi (a proposito della legge 125/1991 sulle azioni positive)*, in *Pol. Dir.*, 1, 1993, 58-59, secondo cui, in particolare, «il libero sviluppo della personalità femminile ottiene il sostegno sociale (cioè misure di rimozione degli ostacoli e misure positive di intervento) perché e nella misura in cui rappresenta una risorsa di libertà e uguaglianza (partecipazione) per tutti». Sul tema si richiamano, inoltre, *ex multis*, L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e la garanzia dell'eguaglianza*, in *Dem. dir.*, 2, 1993, 49 ss.; M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, in R. Bin e C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 65 ss.; M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, 1995, 359 ss., oltre che in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *La parità tra i sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, Torino, 2003.

⁷⁸ Così definisce le azioni positive [Corte cost., sent. n. 109/1993, \(ud. 26/03/93\)](#).

⁷⁹ [Corte cost., sent. n. 109/1993](#), cit.

⁸⁰ [Corte cost., sent. n. 109/1993](#), cit.

⁸¹ A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, cit., 13.

⁸² L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., 319. Lo stesso autore, però, avvertiva della necessità di giustificare le azioni volte a dare concreta attuazione al secondo comma dell'art. 3 Cost. con il programma sociale e il risultato che si vuole perseguire, «giacché la giustizia sociale si corrompe e si risolve in un mero pretesto di arbitri, se viene staccata dalle istanze di imparzialità dei provvedimenti e di imparzialità delle leggi». Come lui, V. ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, Milano, 1977, 121 sottolinea che l'ammissibilità di misure derogatorie è subordinata alla loro rispondenza ad interessi tutelati dalla Costituzione.

⁸³ A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, cit., p. 14. Si accenna, qui, alle disposizioni contenute nella l. n. 81/1993, «Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale». L'art. 5, in tema di «Modalità di elezione del sindaco e del consiglio comunale nei comuni con popolazione sino a 15.000 abitanti» sancisce che: «1. Nei comuni con popolazione sino a 15.000 abitanti, l'elezione dei consiglieri comunali si effettua con sistema maggioritario contestualmente alla elezione del sindaco.

2. Ciascuna candidatura alla carica di sindaco è collegata ad una lista di candidati alla carica di consigliere comunale, comprendente un numero di candidati non superiore al numero dei consiglieri da eleggere e non inferiore ai tre quarti. Nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai tre quarti dei consiglieri assegnati (...). Infine, la l. n. 43/1995, «Nuove norme per l'elezione dei consigli delle regioni a statuto ordinario»: art. 1, «In ogni lista regionale e provinciale nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati; in caso di quoziente frazionario si procede all'arrotondamento all'unità più vicina».

alla natura di tali strumenti, arrivando a definirle ora come idonee ad influenzare lo stesso concetto di rappresentanza politica⁸⁴, ora come misure antidiscriminatorie.

Testimone – e interprete – del valore delle quote elettorali e della loro ammissibilità o meno nel nostro ordinamento è stata la Corte costituzionale, che, fin dagli anni '60⁸⁵, si è fatta carico di un importante compito: trovare un equo contemperamento tra l'esigenza di tutelare il genere femminile – discriminato, ancorché non “minoranza” – e di garantire una parità di condizioni nell'accesso alle cariche pubbliche⁸⁶.

2.1. *La giurisprudenza costituzionale sul dibattuto tema delle “quote rosa”: eguaglianza nei punti di partenza o metodi per conseguire risultati?*

Si è parlato a lungo di un processo di attuazione di una condizione di parità effettiva tra uomo e donna, definendolo come una «rivoluzione permanente»⁸⁷. Tale cammino ha coinvolto i due diritti politici per eccellenza, il diritto di eleggere e di essere eletti, che si incontrano con i due profili dell'eguaglianza, formale e sostanziale.

La concreta realizzazione dell'art. 3, 2° co., Cost. dal lato dell'elettorato passivo, in particolare, segue un lungo percorso, una «linea progressiva»⁸⁸, i cui tratti si ritrovano negli atti normativi statali e regionali, che definiscono le misure delle quote, e negli interventi della Corte costituzionale, relativi ad alcune di queste disposizioni⁸⁹.

Per queste ragioni – onde meglio comprendere la natura di detti strumenti – bisognerà considerare, innanzitutto, il disposto della [sentenza n. 422/1995 della Consulta](#). Questa pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della l. n. 81 del 1993⁹⁰ – che aveva introdotto le quote per le elezioni nazionali, regionali e locali –, poiché in contrasto con gli articoli 3 e 51 della Costituzione. La Corte ha, dunque, stabilito che il diritto di elettorato passivo dovesse essere rigorosamente garantito in egual misura a tutti i cittadini in quanto tali, con esclusione di qualsiasi differenziazione basata sul sesso, sia che essa riguardasse l'eleggibilità sia che riguardasse la candidabilità. Infatti,

⁸⁴ Quest'ultima esige di essere considerata come una «piena valorizzazione del concetto di *cittadinanza*, come elemento unificante le diversità esistenti nel corpo sociale (ed elettorale), compresa la diversità di sesso»: G. BRUNELLI, *Donne e politica*, Bologna-Roma, 2006, 51.

⁸⁵ Si rinvia, qui, a quanto già spiegato, con particolare riferimento a [Corte cost., sent. n. 33/1960](#).

⁸⁶ A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo “minato” della rappresentanza politica*, cit., 18 ss.; L. LORELLO, *Quote rosa e parità dei sessi: la storia di un lungo cammino*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2017; P. FARAGUNA, *Recenti sviluppi dell'esperienza costituzionale italiana in tema di c.d. “quote rosa”*, in F. Spitaleri (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, 2013, 41 ss.; C. TRIPODINA, *1946-2016 La “questione elettorale femminile”: dal voto delle donne al voto alle donne (una luce si intravede)*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2016.

⁸⁷ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 77.

⁸⁸ A. D'ALOIA, *Argomenti per uno statuto costituzionale delle azioni positive: uno sguardo all'esperienza italiana*, in L. Califano (a cura di), *Donne, politica e processi decisionali*, Torino, 2004, 34; A. FALCONE, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle Assemblee elettive e negli organi di governo: legislazione e giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2016.

⁸⁹ Tra queste disposizioni si segnalano, in ambito statale: l. n. 81/1993, sull'elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia, del Consiglio comunale e del Consiglio provinciale; l. n. 277/1993, recante modifiche al D.P.R. 30 marzo 1957, di approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati; l. 8 aprile 2004, n. 90, recante “norme in materia di elezioni di membri del Parlamento europeo e altre disposizioni inerenti ad elezioni da svolgersi nell'anno 2004”; l. 6 luglio 2012, n. 96, recante “norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici”; n. 23 novembre 2012, n. 215. In tema, invece, di leggi regionali basti qui indicare: legge regionale (Friuli Venezia Giulia) n. 17/2007; l. reg. (Sicilia) n./2005; l. reg. (Valle d'Aosta) n. 22/2007; l. reg. (Abruzzo) n. 1/2002; l. reg. (Calabria) n. 25/2005; l. reg. (Marche) n. 27/2009; l. reg. (Lazio) n. 2/2005. Pone l'accento su questo punto P. FARAGUNA, *Recenti sviluppi dell'esperienza costituzionale italiana in tema di c.d. “quote rosa”*, cit., 49-50, oltre che L. LORELLO, *Quote rosa e parità dei sessi: la storia di un lungo cammino*, cit., 4.

⁹⁰ È censurato l'art. 5, secondo comma, ultimo periodo, della legge 25 marzo 1993 n. 81, riguardante l'«Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale», secondo cui «Nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere di norma rappresentato in misura superiore ai due terzi».

posto che «l'appartenenza all'uno o all'altro sesso non può mai essere assunta come requisito di eleggibilità, ne consegue che altrettanto deve affermarsi per quanto riguarda la 'candidabilità'»⁹¹, poiché la possibilità di essere presentato come candidato «non è che la condizione pregiudiziale e necessaria per poter essere eletto»⁹². Si osserva, inoltre, che il meccanismo delle quote influenzerebbe, altresì, il carattere della rappresentanza politica, quale si configura «in un sistema fondato sulla democrazia pluralista, connotato essenziale e principio supremo della nostra Repubblica»⁹³. Si arriva, così, ad affermare che il legislatore, con questo meccanismo, non avrebbe voluto porre in essere un'azione positiva, volta a rimuovere gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, «bensì (...) attribuire loro direttamente quei risultati medesimi»⁹⁴. La conclusione cui giunge la Corte opta, tra l'altro, per un richiamo al contenuto della Risoluzione n. 169/1988 del Parlamento europeo, nella quale si invitano i partiti politici – e non il legislatore – a stabilire quote di riserva per le candidature femminili. La Consulta, dunque, affermando che le quote elettorali sono illegittime, se disposte dalla legge, ma auspicabili, se adottate spontaneamente dai partiti, non ha fatto altro che prendere atto che il problema della condizione e della sotto-rappresentazione femminile nel nostro Paese è legato ad un fattore socio-culturale⁹⁵.

Sulla scia di tale impostazione, il legislatore è, poi, intervenuto, apportando una modifica alla formulazione degli artt. 51⁹⁶ e 117⁹⁷ Cost. Queste disposizioni si pongono come finalità la diretta attuazione del principio di eguaglianza, come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale⁹⁸.

⁹¹ [Corte cost. sent. n. 422/1995, \(ud. 12/09/95\).](#)

⁹² [Corte cost. sent. n. 422/1995](#), cit.

⁹³ [Corte cost. sent. n. 422/1995](#), cit. La nozione di rappresentanza che qui emerge si riconnette allo Stato liberale ottocentesco e deve, quindi, considerarsi come sganciata da qualsiasi appartenenza anche se riferita al sesso. Si argomenta che questa visione non può inserirsi nel nuovo contesto democratico. L'idea di neutralità che si delinea sulla base di questa sentenza necessita, infatti, di una rilettura, alla luce del riconoscimento dei diritti politici alle donne e dell'endemica sotto-rappresentazione delle donne nelle assemblee elettive. Non può, inoltre, ritenersi fondato l'argomento per cui eventuali interventi di sostegno alle candidature femminili producono un'alterazione dell'unitarietà ed unità della rappresentanza politica, dato che non è provato che le donne elettrici voterebbero solo donne o dovrebbero sentirsi rappresentati solo da donne. Questo profilo richiama il concetto di «rappresentanza speculare», come afferma W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna-Roma, 1995, 241 ss.

⁹⁴ [Corte cost. sent. n. 422/1995](#), cit.

⁹⁵ A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, cit., 19, oltre che [Corte cost. sent. n. 422/1995](#), cit. «È opportuno, infine, osservare che misure siffatte, costituzionalmente illegittime in quanto imposte per legge, possono invece essere valutate positivamente ove liberamente adottate da partiti politici, associazioni o gruppi che partecipano alle elezioni, anche con apposite previsioni dei rispettivi statuti o regolamenti concernenti la presentazione delle candidature. A risultati validi si può quindi pervenire con un'intensa azione di crescita culturale che porti partiti e forze politiche a riconoscere la necessità improcrastinabile di perseguire l'effettiva presenza paritaria delle donne nella vita pubblica, e nelle cariche rappresentative in particolare. Determinante in tal senso può risultare il diretto impegno dell'elettorato femminile ed i suoi conseguenti comportamenti. (...) Spetta invece al legislatore individuare interventi di altro tipo, certamente possibili sotto il profilo dello sviluppo della persona umana, per favorire l'effettivo riequilibrio fra i sessi nel conseguimento delle cariche pubbliche elettive, dal momento che molte misure, come si è detto, possono essere in grado di agire sulle differenze di condizioni culturali, economiche e sociali». L'art. 49 Cost., che tutela la libertà di azione e organizzazione dei partiti politici, impedirebbe alla legge di includere qualunque misura di quota, ma lascerebbe il perseguimento del fine allo spazio intangibile di autodeterminazione dei partiti. Si presuppone, così, l'illegittimità costituzionale di qualunque misura legislativa condizionante l'autonomia dei partiti nella scelta delle candidature, prospettiva che pare non essere recepita dalla recente giurisprudenza. Così argomenta L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sent. 422/1995 della Corte costituzionale)*, in ID., *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna-Roma, 2005, 236; M. OLIVETTI, *La c.d. "preferenza di genere" al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici*, in *Giur. cost.*, 2010, 84 ss.

⁹⁶ Art. 51, Cost.: «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini. (...)».

⁹⁷ Art. 117, 7° co., Cost.: «Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive».

⁹⁸ In tutte queste previsioni, però, si fa riferimento al concetto di "pari opportunità", espressione più "debole", in quanto già ricavabile dal 2° co. dell'art. 3 Cost. Non si tratta, invece, di "parità di accesso" alle cariche pubbliche, termini

Si deve, quindi, arrivare a definire il concetto di pari opportunità come «occasione adeguata per mettere a frutto la capacità personale»⁹⁹, che comporta uno stretto legame tra gli articoli 2 e 3, 2° co. della Costituzione. In questo senso, dunque, «l'opportunità diviene (...) riconoscimento e garanzia della possibilità di scelta, intesa come autonomia nella costruzione del progetto personale di vita, e delle condizioni di effettività dell'autodeterminazione»¹⁰⁰.

La riforma del 2001 non è valsa, però, a cambiare la sensibilità dei partiti politici o degli elettori, al punto che vi sono state altre previsioni normative che hanno introdotto delle quote elettorali¹⁰¹.

Con la [sentenza n. 49 del 2003](#) la Consulta ha definito un nuovo orientamento: ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale riguardante una disposizione della legge elettorale della Valle d'Aosta, che imponeva l'obbligo di inserire nelle liste elettorali «candidati di entrambi i sessi», pena la dichiarazione di non validità delle stesse. A giudizio della Corte, le disposizioni oggetto di censura «stabiliscono un vincolo non già all'esercizio del voto o all'esplicazione dei diritti dei cittadini eleggibili, ma alla formazione delle libere scelte dei partiti e dei gruppi che formano e presentano le liste elettorali, precludendo loro (solo) la possibilità di presentare liste formate da candidati tutti dello stesso sesso»¹⁰².

Si è, dunque, precisato che il vincolo imposto per la formazione delle liste «opera soltanto nella fase anteriore alla vera e propria competizione elettorale, e non incide su di essa»¹⁰³ e la «scelta degli elettori tra le liste e fra i candidati, e l'elezione di questi, non sono in alcun modo condizionate dal sesso dei candidati»¹⁰⁴. La Corte ha, poi, negato che questa disciplina «non rispetti la parità dei sessi, cioè introduca differenziazioni in relazione al sesso dei candidati o degli aspiranti alla candidatura: sia perché la legge fa riferimento indifferentemente a candidati "di entrambi i sessi", sia perché da essa non discende alcun trattamento diverso di un candidato rispetto all'altro in ragione del sesso»¹⁰⁵.

A sostegno delle proprie argomentazioni, la Consulta rileva che il comportamento dei partiti non è mutato sotto nessun profilo, rendendo, così, evidente la necessità di introdurre dei vincoli legali rispetto alle scelte di chi forma e presenta le liste¹⁰⁶. Non si configura, però, ad avviso della Corte,

che erano presenti nelle proposte di modifica dell'art. 51 Cost. Tali espressioni, però, ancorché discusse, non sono state, infine, approvate. È stato, però, lo stesso legislatore ad affermare che la nuova versione dell'art. 51 Cost. sia dotata di una particolare incisività, superiore alle norme costituzionali già vigenti per il livello regionale. In particolare, il Sottosegretario per i rapporti con il Parlamento ha affermato che il quadro costituzionale *ante* riforma del 2001 costituiva una «mera specificazione degli interventi previsti dal comma 2 dell'art. 3 della Costituzione»: tale quadro non permetteva – secondo quanto ha chiarito il Sottosegretario – di superare gli argomenti contenuti nella [sent. n. 422 del 1995](#). Il rappresentante del Governo arrivava, però, a constatare che «una volta modificato il quadro normativo attraverso l'imminente approvazione del nuovo testo dell'art. 51 della Costituzione, che rinvia ad appositi provvedimenti, potrà ritenersi che le norme oggi impugnate o altre ad esse equivalenti siano conformi al dettato costituzionale, perché solo allora sarà presente la necessaria copertura, allo stato mancante»: G. BRUNELLI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, in Atti del Seminario Ferrara 16 novembre 2002, Torino, 16 ss.

⁹⁹ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 1163.

¹⁰⁰ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1163; D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Pesaro-Urbino, 2004, 126.

¹⁰¹ L. LORELLO, *Quote rosa e parità dei sessi: la storia di un lungo cammino*, cit., 8. Dei mutamenti apportati dalla riforma costituzionale del 2001 si dirà più ampiamente nel prossimo paragrafo.

¹⁰² [Corte cost., sent. n. 49/2003, \(ud. 13/02/03\)](#).

¹⁰³ [Corte cost., sent. n. 49/2003](#), cit. «Questa limitazione, dunque, agisce *prima* dello svolgimento della competizione elettorale, nella quale intatta rimane la libertà di scelta degli elettori per liste e candidati»: «cade, così, il legame, prima affermato, tra candidabilità ed eleggibilità». L. LORELLO, *Quote rosa e parità dei sessi: la storia di un lungo cammino*, cit., 9.

¹⁰⁴ [Corte cost., sent. n. 49/2003](#), cit.

¹⁰⁵ [Corte cost., sent. n. 49/2003](#), cit.

¹⁰⁶ «Squilibrio riconducibile sia al permanere degli effetti storici del periodo nel quale alle donne erano negati o limitati i diritti politici, sia al permanere, tuttora, di ben noti ostacoli di ordine economico, sociale e di costume suscettibili di impedirne una effettiva partecipazione all'organizzazione politica del Paese». Così, [Corte cost., sent. n. 49/2003](#). Sottolineano quest'importante aspetto sia L. LORELLO, *Quote rosa e parità dei sessi: la storia di un lungo cammino*, cit., 10, sia A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, cit., 20.

l'utilizzo di "azioni positive", cioè di «misure legislative, volutamente diseguali»¹⁰⁷, che non possono investire il contenuto dei diritti fondamentali, quale è il diritto di elettorato passivo¹⁰⁸. Le "quote rosa" vedono, quindi, modificarsi la loro natura, divenendo delle semplici misure antidiscriminatorie¹⁰⁹.

Tale vicenda è tornata all'attenzione del giudice costituzionale con plurime decisioni. Dapprima, occorre menzionare l'[ordinanza n. 39 del 2005](#), con cui la Corte ha esplicitamente affermato che le modifiche normative e giurisprudenziali intervenute rendono ormai impossibile interpretare l'art. 51 Cost. nell'ottica dell'eguaglianza formale, in quanto il nuovo testo della norma «assegna ora alla Repubblica anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini».

È, poi, con la [sentenza n. 4 del 2010](#) che la Consulta arriva a mutare definitivamente orientamento. Quest'ultima pronuncia ha ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 3° co., della legge elettorale della Regione Campania, n. 4 del 2009, che introduceva una "preferenza di genere". L'elettore poteva, infatti, esprimere uno o due voti di preferenza, ma, nel caso in cui lo stesso ne volesse esprimere due, una doveva riguardare un candidato di sesso maschile e l'altra un candidato di sesso femminile. La Corte respinge tutti i tre motivi di illegittimità costituzionale e lo fa partendo dalla medesima considerazione: vi è, nel momento in cui si pone la pronuncia, un rinnovato e consolidato quadro statutario e costituzionale¹¹⁰, volto a dare attuazione all'eguaglianza sostanziale.

La Consulta arriva, dunque, a rivedere i propri precedenti¹¹¹, interrogandosi se l'introduzione di quote elettorali sia idonea a prefigurare un certo risultato, assegnando, così, «ai candidati dell'uno o dell'altro sesso maggiori opportunità di successo elettorale rispetto agli altri»¹¹².

Si giunge, così, ad affermare che la doppia preferenza ha carattere solo facoltativo per l'elettore: da qui deriva la necessaria considerazione per cui, ad avviso del giudice costituzionale, non si avrebbe alcuna «alterazione artificiosa della rappresentanza consiliare»¹¹³. La disposizione, quindi, «rende maggiormente possibile il riequilibrio, ma non lo impone»¹¹⁴, assumendo natura «promozionale ma non coattiva»¹¹⁵. Queste disposizioni elettorali sono, di conseguenza, attuate senza «comprimere o condizionare nel merito»¹¹⁶ le scelte dell'elettore, esprimendo, così, delle preferenze che possono assumere anche la forma della «condizione di genere»¹¹⁷. Si tratta di una «facoltà aggiuntiva»¹¹⁸ in capo all'elettore, volta ad ottenere il risultato di un'azione positiva, ma in modo indiretto ed eventuale¹¹⁹. L'impostazione della Corte, in definitiva, si radica su una definizione delle quote elettorali come misure antidiscriminatorie¹²⁰.

Da ultimo è stata la [sentenza n. 81 del 2012](#) a sancire un altro importante principio, «sostenendo che la discrezionalità politica [anche a livello regionale] incontra un limite nell'esistenza di un vincolo

¹⁰⁷ L. LORELLO, *Quote rosa e parità dei sessi: la storia di un lungo cammino*, cit., 10.

¹⁰⁸ L. LORELLO, *Quote rosa e parità dei sessi: la storia di un lungo cammino*, cit., 10.

¹⁰⁹ M. D'AMICO, *Il legislatore reintroduce le quote rosa?*, in *Studium iuris*, Milano, 2004, 434 ss., spec. 438; G. BRUNELLI, *Divieto di discriminazioni e diritti di cittadinanza*, in C. Calvieri (a cura di), *Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Torino, 2006, 15-16; L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49*, Milano, 2010, 367.

¹¹⁰ L. LORELLO, *Quote rosa e parità dei sessi: la storia di un lungo cammino*, cit., p. 15; A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, cit., 20.

¹¹¹ Si rimanda, qui, alle considerazioni svolte riguardo le due sentenze antecedenti a quella del 2010 in tema di quote rosa.

¹¹² [Corte cost., sent. n. 4/2010, \(ud. 14/01/10\)](#).

¹¹³ [Corte cost., sent. n. 4/2010](#), cit.

¹¹⁴ [Corte cost., sent. n. 4/2010](#), cit.

¹¹⁵ [Corte cost., sent. n. 4/2010](#), cit.

¹¹⁶ [Corte cost., sent. n. 4/2010](#), cit.

¹¹⁷ [Corte cost., sent. n. 4/2010](#), cit.

¹¹⁸ [Corte cost., sent. n. 4/2010](#), cit.

¹¹⁹ L. LORELLO, *Quote rosa e parità dei sessi: la storia di un lungo cammino*, cit., 17; A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, cit., 20.

¹²⁰ Critica, rispetto a tale prospettazione, è Barbara Pezzini, come si argomenterà di seguito.

giuridico derivante dal quadro normativo, costituzionale e legislativo»¹²¹. Tali istituzioni, dunque, devono assicurare la parità di genere¹²².

Pure la dottrina si è interrogata sulla natura di tali quote, verificando se esse siano azioni positive o misure antidiscriminatorie¹²³. Le prime, infatti, si sostanziano in un trattamento diseguale e postulano la previsione di un vantaggio attribuito ad un gruppo soltanto – nel nostro caso la compagine femminile¹²⁴. Le seconde, invece, si limitano ad assicurare ai cittadini di entrambi i sessi il diritto di partecipare alle competizioni elettorali, senza attribuire privilegi o favori¹²⁵. Con riferimento a queste ultime misure si ipotizza – ad esempio – l’adozione di una legge neutralmente formata che, imponendo delle candidature paritarie di uomini e donne nelle liste elettorali, si ponga l’obiettivo di garantire le condizioni minime indispensabili perché l’elezione sia veramente possibile per uomini e donne¹²⁶. Questi strumenti arrivano, dunque, ad essere definiti come *affirmative actions* atipiche, relative esclusivamente e specificatamente alla parità tra uomini e donne¹²⁷.

In particolare, preso atto dell’impostazione della recente giurisprudenza costituzionale¹²⁸, si è espressa autorevolmente sul punto Lorenza Carlassare. Quest’ultima qualifica il sistema delle “quote rosa” come misure antidiscriminatorie, che mantengono una natura neutra, potendo servire alternativamente all’uno o all’altro sesso: si arriva, così, a definirle come «quote grigie»¹²⁹.

Tale ragionamento subisce, però, delle critiche da parte di Barbara Pezzini, che individua, nella sua attenta disamina dell’impostazione maggioritaria, rappresentata da Carlassare, diversi profili di censura. Innanzitutto, Carlassare ritiene possibile sviluppare azioni positive connesse alla tutela del valore dell’uguaglianza, ma non sviluppa tale argomentazione, ritenendo, invece, sufficiente la

¹²¹ *Le principali pronunce della Corte Costituzionale sull’accesso alle cariche pubbliche in condizioni di eguaglianza*, <https://www.camera.it/leg18/126?tab=6&leg=18&idDocumento=2619&sede=&tipo=>, 29.

¹²² *Le principali pronunce della Corte Costituzionale sull’accesso alle cariche pubbliche in condizioni di eguaglianza*, cit., 29.

¹²³ L. CARLASSARE, *Parere sulla legittimità costituzionale della previsione di una quota del 50% riservata alle candidature femminili*, in www.fondazionebasso.it, 2015, p. 9; M. AINIS, *L’eccezione e la sua regola*, in *Giur. cost.*, Roma, 1993, 891.

¹²⁴ L. CARLASSARE, *Parere sulla legittimità costituzionale della previsione di una quota del 50% riservata alle candidature femminili*, cit., 9.

¹²⁵ L. CARLASSARE, *Parere sulla legittimità costituzionale della previsione di una quota del 50% riservata alle candidature femminili*, cit., 9.

¹²⁶ G. BRUNELLI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, cit., 22.

¹²⁷ A. DEFFENU, *La parità tra i sessi nella legislazione elettorale di alcuni paesi europei*, in *Dir. pub.*, 2001, 644-645.

¹²⁸ Per un’analisi più approfondita dei numerosi contributi sul tema delle “quote rosa” nella recente giurisprudenza costituzionale si veda R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI (curr.), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica. In occasione della visita della Corte costituzionale alla Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara*, Torino, 2003.

¹²⁹ Sul tema delle “quote grigie” G. BRUNELLI, *Donne e politica*, cit., p. 8. I lavori di Carlassare sul tema e di altri autori sono molteplici: *La rappresentanza femminile: principi formali ed effettività*, in F. Bimbi e A. Del Re (a cura di), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant’anni dal voto*, Atti del Convegno organizzato dall’Università di Padova, Facoltà di Scienze politiche, Padova, 17-18 maggio 1996, Torino, 1997, 81; *L’integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. Carlassare, A. Di Blasi e M. Giampieretti (a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, 2002, p. 1; *Quali soluzioni per l’integrazione della rappresentanza dopo le recenti modifiche costituzionali. Parere sulla legittimità costituzionale della legge elettorale della Provincia autonoma di Bolzano e Leggi e Statuti regionali per una “democrazia paritaria”*, in AA.VV., *Regioni: quali Statuti e quali leggi elettorali?*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2003; *Considerazioni conclusive*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: in occasione della visita della Corte costituzionale alla Facoltà di giurisprudenza di Ferrara. Atti del seminario, Ferrara, 16 novembre 2002*, Torino, 2003, 243; *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. cost.*, 2003, 364. In particolare, Carlassare imposta il suo ragionamento in termini di “antidiscriminazione”. L’opinione, al contrario, di Pezzini, di cui si darà atto *infra*, appare maggiormente convincente ad avviso di chi scrive. Pezzini pone in essere un’«indagine volta all’approfondimento del principio di uguaglianza dal punto di vista di genere», al fine di «esplorarne implicazioni e strutture in termini di diritto antidiscriminatorio, ma anche in termini di pari opportunità e di uguaglianza sostanziale (...) per approdare allo specifico inquadramento dell’uguaglianza costituzionale tra i sessi nell’ambito di un principio antisubordinazione». Così, B. PEZZINI, *L’uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1143.

prospettiva – antidiscriminatoria – assunta¹³⁰. La studiosa considera, poi, erroneamente le candidature come requisito di accesso, come mera opportunità, e l'elezione come risultato¹³¹. Se si guarda, però, da un'altra prospettiva, anche la candidatura in quanto tale è già un risultato da perseguire, consistendo nella possibilità di acquisire un seggio¹³². L'autrice, inoltre, afferma che, in assenza di un voto di preferenza, la presenza garantita da una determinata quota di candidature dei due sessi attribuirebbe il risultato dell'elezione a candidati e candidate "di entrambi i sessi" secondo la quota predeterminata¹³³. Così, però, non è: infatti, il meccanismo che attribuisce il risultato delle elezioni dipende dall'ordine delle candidature presente nella "lista bloccata" e agisce indipendentemente dal genere¹³⁴. In ultima istanza, infine, un passaggio centrale riguarda l'interpretazione da fornire dell'art. 51 Cost., come innovato dalla riforma del 2001. Da una parte, Carlassare afferma che nella norma, analizzando un dato formale, risulta centrale la tutela «dell'uno o dell'altro sesso»¹³⁵. D'altro canto, si evidenzia che la *ratio* della disposizione sia da rilevare nella volontà di tutelare e riequilibrare il monopolio maschile, di fatto inaccettabile condizione di asimmetria da rimuovere¹³⁶.

Sulla base di queste considerazioni, quindi, le quote possono, a buon diritto, iscriversi tra le azioni positive¹³⁷. Eliminare, dunque, le discriminazioni esistenti tra uomini e donne costituisce uno degli obiettivi fondamentali dell'ordinamento, che dovrebbe, in definitiva, adottare una prospettiva che si basi sul «principio antisubordinazione»¹³⁸. Essa, infatti, «consente di pensare alla differenza di genere in modo *originario o costitutivo*, facendo sì che (...) sia la norma stessa ad essere posta in discussione *«in quanto generalità solo apparente (perché protegge e difende soltanto il potere dell'uno dei due sessi)»*»¹³⁹. Sono, infatti, le strutture sociali che continuano a produrre le differenze tra il genere maschile e femminile¹⁴⁰. Da qui derivano due fondamentali conseguenze. In primo luogo, si ravvisa la necessità di fare uso delle azioni positive, le quali, però, non devono convertirsi in garanzie di elezione, cioè di risultato¹⁴¹, ma devono assicurare un'eguaglianza nelle opportunità, ponendo tutti sulla medesima linea di partenza nella «gara della vita»¹⁴². In secondo luogo, si sottolinea, fin d'ora,

¹³⁰ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1168-1169.

¹³¹ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1169.

¹³² B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1169.

¹³³ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1169.

¹³⁴ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1170.

¹³⁵ L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in AA.VV., *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle regioni*, Padova, 2002, 61.

¹³⁶ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1171.

¹³⁷ G. BRUNELLI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, cit., 23.

¹³⁸ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1150.

¹³⁹ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1150.

¹⁴⁰ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1151. Così, anche B. PEZZINI, *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio antisubordinazione di genere*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, cit., 9. Si richiede, infatti, un «processo di profonda trasformazione sociale, nella direzione del superamento del modello patriarcale e della ridefinizione di genere degli spazi sociali».

¹⁴¹ Ciò si porrebbe in contrasto con gli artt. 48 e 51 Cost., in tema di libertà di scelta dell'elettore e di pari opportunità. Si fa riferimento, di nuovo, alla precedente trattazione sulle sentenze della Corte, laddove si affermava che le quote elettorali sono illegittime se previste per legge, poiché idonee ad alterare lo schema della rappresentanza politica in una democrazia pluralistica. Così, A. D'ALOIA, *Le «quote» elettorali in favore delle donne: il «nuovo» contesto costituzionale e il «precedente» n. 422 del 1995*, cit., 54.

¹⁴² In tal senso, L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1967, 249: «la gara della vita tra gli uomini non appare leale se a tutti non sia concessa la medesima opportunità di partenza per quel che riguarda l'allevamento, la educazione,

la grande rilevanza che l'educazione della società civile svolge in questo ambito: per cambiare, infatti, la mentalità di un popolo diventa centrale mutarne il sistema valoriale¹⁴³.

Obiettivo del giurista contemporaneo, dunque, dovrebbe essere, secondo l'impostazione di Silvia Niccolai, quello di «recuperare una visione contenutistica del diritto, (...) non (...) come prodotto mutevole delle esigenze delle forze che si affermano sul piano della storia, (...) ma come esperienza la cui ragione di essere è rispondere a esigenze umane fondamentali, che si intitolano ai singoli e si manifestano nelle loro relazioni»¹⁴⁴.

Nonostante, infatti, le innovazioni introdotte dalla legislazione occidentale¹⁴⁵, la parità di genere rimane ancora un obiettivo che l'ordinamento si è posto¹⁴⁶. Vi è, quindi, un vero e proprio divario tra le «prediche» e la «pratica»¹⁴⁷. Anche se, infatti, sono stati compiuti numerosi passi avanti, in molti ritengono che si vada «verso la democrazia paritaria, cavalcando le lumache»¹⁴⁸. Si arriva, così, a definire le azioni positive come insufficienti per raggiungere la vera eguaglianza tra uomini e donne¹⁴⁹.

Si rende, in definitiva, fondamentale cercare di delineare una soluzione a tale questione adottando un nuovo approccio: quello della comparazione con il sistema giuridico statunitense, per comprendere quali possano essere i metodi comuni – stanti le diversità dei due ordinamenti considerati – per garantire l'eguaglianza tra i sessi e tutelare, così, la democrazia stessa.

3. *Le gender quotas negli USA: strumenti ancora da scoprire*

Nonostante le donne costituiscano più della metà della popolazione statunitense, la componente femminile è rimasta – e rimane ancora oggi – esclusa da molte posizioni di *leadership* e *decision*

la istruzione e la scelta del lavoro». Così anche P. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, cit., 36; G.U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, Atti del XIII Convegno Annuale dell'AIC, Milano, 2007, 127.

¹⁴³ Adottando una strategia di c.d. *gender mainstreaming*, implementando le politiche e i programmi educativi volti a realizzare la parità: così, A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, cit., 63.

¹⁴⁴ Così S. NICCOLAI, *Donne: oggetti o soggetti dell'uguaglianza e del diritto?*, cit., 312.

¹⁴⁵ L. CARLASSARE, *Considerazioni conclusive*, cit., 243.

¹⁴⁶ «È una storia, dice Ainis, di successi giuridici e di sconfitte sociali». Così riporta L. CARLASSARE, *Considerazioni conclusive*, cit., 243. Sul punto si afferma che vi sono ancora oggi, in Italia, molte difficoltà «che le donne vivono quotidianamente nell'affermare la loro identità dentro la società in condizioni di pari dignità rispetto agli uomini»: in questo senso, A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, cit., 47, oltre che 61-62; E. PACIOTTI, *La donna nelle istituzioni*, in *Lettura al femminile della Costituzione*, cit., 55; M. AINIS, *La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi nell'ordinamento*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, 25; E. PAZÈ, *Quote rosa: dubbi di costituzionalità e riserve critiche*, in *Pol. Dir.*, n. 4/2010, 696.

¹⁴⁷ Commento di R. Bin, definito in L. CARLASSARE, *Considerazioni conclusive*, cit., 244.

¹⁴⁸ In tal senso, S. GAMBINO, *Verso la democrazia paritaria ... cavalcando le lumache*, in *Astrid OnLine*, 26 febbraio 2005.

¹⁴⁹ A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, cit., 61 tratta della «necessità di agire a livello sociale e culturale» e arriva ad affermare che «Gli strumenti correttivi nella composizione numerica della rappresentanza di genere hanno dimostrato la loro utilità per innescare un primo necessario cambiamento, ma non hanno potuto incidere significativamente sul complesso e sulla qualità del sistema democratico» (ivi, 62). Due elementi sono senz'altro significativi a tal proposito. Adottando uno sguardo rivolto ad altri sistemi giuridici contemporanei, che condividono con l'Italia una comune tradizione di *civil law*, si può analizzare la situazione della Finlandia e della Danimarca. In questi Paesi si testimonia, infatti, che può esserci una rappresentanza paritaria anche in assenza di quote legislative o di partito, grazie ad una politica paritaria implementata a tutti i livelli e ad un modello sociale che consente di affermare che si è raggiunta una parità effettiva. D'altro canto, la situazione in Grecia, che pur prevede un sistema di quote elettorali, risulta essere agli ultimi posti in tutte le graduatorie sulla condizione delle donne. È, quindi, inutile un riequilibrio in via legislativa se manca un intervento sociale che elimini a livello culturale le diseguaglianze di fatto tra uomini e donne. A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, cit., 41.

*making*¹⁵⁰. Questo problema risulta correlato al ruolo assegnato a tali figure nel mondo della famiglia e del lavoro, dove – come si è avuto modo di rilevare – residuano ancora diverse disparità rispetto alle controparti maschili¹⁵¹. Si ravvisa, inoltre, come l’ambiente legislativo sia spesso maggiormente tradizionalista¹⁵²: le proposte sostenute dal sesso femminile sono, non a caso, di sovente guardate con ostilità e maggiormente vagliate rispetto alle battaglie combattute dagli uomini¹⁵³ e nelle discussioni politiche le donne si trovano ad essere interpellate – in genere – meno rispetto ai colleghi¹⁵⁴.

Per risolvere tali questioni, anche l’ordinamento statunitense ha iniziato ad utilizzare le *affirmative actions*, strumenti giuridici nati ed implementati negli stessi Stati Uniti per tutelare, inizialmente, la popolazione di colore¹⁵⁵. Tra questi metodi – volti a dare una concreta applicazione alla clausola contenuta nel XIV emendamento della Costituzione americana¹⁵⁶ – si annovera l’utilizzo delle quote elettorali, le *gender quotas*¹⁵⁷.

Queste ultime possono essere distinte in due categorie: quelle volontarie, adottate dai partiti politici per garantire la presenza di una certa componente femminile; quelle legali, definite per obbligare – o tramite previsioni costituzionali o disposizioni contenute nella legge elettorale – tutti i soggetti che partecipino alle competizioni politiche ad applicare uniformemente le quote¹⁵⁸. Si deve, però, sottolineare che, in qualsiasi caso, l’effettività connessa a questi strumenti si radica sulla possibilità di sanzionare quei comportamenti che non ottemperino a tali prescrizioni o che ne eludano l’applicazione¹⁵⁹.

Centrale, nel dibattito sorto attorno a tale questione, è verificare se tali istituti siano rivolti a promuovere la partecipazione delle donne alla politica, sacrificando uomini maggiormente meritevoli¹⁶⁰. La conseguenza negativa dell’introduzione di queste norme, infatti, consiste nella risposta “sociale” riconducibile alle quote stesse: diverrebbe, a questo punto, facile pensare che le donne – che riescano, in questo modo, ad accedere ad incarichi politici – non si siano guadagnate la

¹⁵⁰ A. CHU e C. POSNER, *The State of Women in America. A 50-State Analysis of How Women Are Faring Across the Nation*, in <https://www.americanprogress.org/issues/women/reports/2013/09/25/74836/the-state-of-women-in-america/>, 25 settembre 2013, 19.

¹⁵¹ A. CHU e C. POSNER, *The State of Women in America. A 50-State Analysis of How Women Are Faring Across the Nation*, cit., 19.

¹⁵² L. KATHLENE, *Power and Influence in State Legislative Policymaking: The Interaction of Gender and Position in Committee Hearing Debates*, in *American Political Science Review*, 88, Cambridge, 1994, 560-576; J. LOVENDUSKI, *Feminizing Politics*, Cambridge, 2005.

¹⁵³ L.A. SCHWINDT-BAYER, *Still Supermadres? Gender and the Policy Priorities of Latin American Legislators*, in *American Journal of Political Science*, 50, Oxford, 2006, 570-585. Tali considerazioni possono essere estese anche al panorama statunitense, che sconta i medesimi problemi.

¹⁵⁴ C.F. KARPOWITZ, T. MENDELBERG e L. SHAKER, *Gender Inequality in Deliberative Participation*, in *American Political Science Review*, 106, Oxford, 2012, 533-547.

¹⁵⁵ Si rinvia, qui, a quanto accennato precedentemente sulla nascita delle azioni positive negli Stati Uniti.

¹⁵⁶ «Al contrario di quanto è avvenuto nella storia europea continentale, negli USA non si è assistito alla formulazione del divieto di discriminare come una “costola” di un generale principio di eguaglianza davanti alla legge, bensì (...) si è proceduto all’introduzione di un apposito emendamento costituzionale per fronteggiare la specifica tematica della discriminazione»: così spiega G. SORRENTI, “Viaggio ai confini dell’eguaglianza giuridica”. *Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 444.

¹⁵⁷ “Quotas for women are a form of affirmative action to help them overcome the obstacles that prevent them from entering politics in the same way as their male colleagues. There are different types of quotas. According to the International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), the main distinction based on the mandating is between voluntary party quotas and legal gender quotas”: così, L. CHEN, *Do Gender Quotas Influence Women’s Representation and Policies?*, in *The European Journal of Comparative Economics*, Vol. 7, n.1, Varese, <http://ejce.liuc.it/18242979201001/182429792010070102.pdf>, 15.

¹⁵⁸ L. CHEN, *Do Gender Quotas Influence Women’s Representation and Policies?*, cit., 15.

¹⁵⁹ L. CHEN, *Do Gender Quotas Influence Women’s Representation and Policies?*, cit., 15.

¹⁶⁰ D. DAHLERUP e L. FREIDENVALL (curr.), *Quotas as a Fast Track to Equal Representation for Women: Why Scandinavia is no longer the model?*, in *International Feminist Journal of Politics*, Bristol, 2010. Queste posizioni sono riprese anche in M.L. KROOK, *Candidate gender quotas: A framework for analysis*, in *European Journal of Political Research*, Oxford, 2007.

loro posizione¹⁶¹. Per tali ragioni alcuni ritengono che tali strumenti dovrebbero essere introdotti ai fini di incentivare le possibilità per le donne di essere candidate¹⁶².

Tale impostazione cozza, però, con la circostanza che sono spesso queste ultime che rifiutano l'introduzione delle quote elettorali: in particolare, sono le femministe ad opporsi ad esse con maggiore fermezza, poiché ritengono che il “sesso debole” dovrebbe raggiungere incarichi di potere solo grazie al suo impegno e alla sua serietà¹⁶³. D'altro canto, quando sono invece le donne a promuovere queste azioni positive, sono spesso poco ascoltate, a meno che non trovino un valido supporto in figure maschili¹⁶⁴. Altri studi hanno, poi, evidenziato come spesso i partiti introducano tali quote per loro convenienza politica, solo dopo che dei loro avversari in campo elettorale abbiano fatto lo stesso¹⁶⁵. Un'altra teorica ha sottolineato, inoltre, la necessità di considerare tali *affirmative actions* come misure volte ad implementare il principio di eguaglianza – in particolare, inteso in senso sostanziale¹⁶⁶ –, sulla scia della normativa internazionale e nazionale del medesimo tenore¹⁶⁷.

Oltre, dunque, ad analizzare la legittimità o meno di tali strumenti, ci si potrà interrogare se il loro utilizzo sia stato efficiente ed efficace nell'obiettivo di aumentare il numero delle donne che accedano a posizioni di rilievo¹⁶⁸.

Per queste ragioni la questione delle quote a tutela della figura femminile è stata variamente dibattuta nell'ordinamento statunitense. Manca, infatti, una disposizione costituzionale che, in questo sistema giuridico¹⁶⁹, sia volta ad introdurle¹⁷⁰.

Queste barriere all'accesso alle funzioni pubbliche si sono configurate per le donne sia in termini formali – consistenti in leggi che, nei decenni passati, proibivano alla compagine femminile di votare o di detenere impieghi nel settore pubblico – sia in termini sostanziali, potendo, infatti, ancora oggi, gli uomini godere di un'educazione migliore e di una maggiore capacità economica¹⁷¹. Negli ultimi tempi, però, gli Stati Uniti hanno assistito ad una “emancipazione” di tali soggetti, avendo queste ultime acquisito consapevolezza del proprio ruolo nella società ed essendosi attivate per la tutela dei propri diritti¹⁷². Sulla base di queste considerazioni, molti studiosi hanno argomentato in senso contrario all'introduzione delle *gender quotas*, sostenendo che, come il sesso femminile è riuscito a guadagnare credibilità e prestigio in molti campi del sapere, così potrebbero raggiungere i medesimi risultati nell'ambito della competizione elettorale¹⁷³.

¹⁶¹ D.Z. O'BRIEN e J. RICKNE (curt.), *Gender Quotas and Women's Political Leadership*, Stockholm, 2014.

¹⁶² M.L. KROOK, *Candidate gender quotas: A framework for analysis*, cit., 370.

¹⁶³ M.L. KROOK, *Candidate gender quotas: A framework for analysis*, cit., 370.

¹⁶⁴ M.L. KROOK, *Candidate gender quotas: A framework for analysis*, cit., 370.

¹⁶⁵ M.L. KROOK, *Candidate gender quotas: A framework for analysis*, cit., 371 ss.

¹⁶⁶ M.L. KROOK, *Candidate gender quotas: A framework for analysis*, cit., 373. Sia sotto questo profilo, sia con riferimento alla nota di cui *supra*, queste impostazioni sono proprie non solo del panorama statunitense, ma anche di altri ordinamenti giuridici, come quello francese e tedesco. Di nuovo, la comparazione e l'attenzione verso altri sistemi è uno dei tratti caratterizzanti il presente scritto.

¹⁶⁷ Si accenna, in questa sede, alla CEDAW (Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna), che nel 1979 impegnò gli Stati aderenti ad introdurre delle politiche volte ad incentivare la partecipazione delle donne al mondo della politica. Nel 1995 hanno deciso di incentivare quest'obiettivo, stabilendo per le donne di raggiungere almeno il 30% della rappresentanza politica in ognuno dei rispettivi Paesi. Così, A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, Williamsburg, 2013, 1454.

¹⁶⁸ A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1455.

¹⁶⁹ Similmente in Italia: anche nel nostro Paese manca una previsione di rango costituzionale che stabilisca delle *gender quotas*.

¹⁷⁰ K. SANBONMATSU, *Women's Underrepresentation in the U.S. Congress*, Cambridge, 2020, 41.

¹⁷¹ «Women have confronted not only formal legal barriers such as being prohibited from voting and holding office, but also other barriers related to men's greater access to and accumulation of informal social, educational, and economic credentials. Gender roles in society, the sexual division of labor, and racial and ethnic inequalities have combined. To advantage White men in politics. The 'social eligibility pool' of those individuals believed to hold the informal qualifications for office has largely been male». Così argomenta K. SANBONMATSU, *Women's Underrepresentation in the U.S. Congress*, cit., 42.

¹⁷² K. SANBONMATSU, *Women's Underrepresentation in the U.S. Congress*, cit., 43.

¹⁷³ A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1457.

Contrariamente a quest'orientamento si esprime la studiosa Jane Mansbridge¹⁷⁴, la quale afferma che sono ancora tanti gli ostacoli che le donne devono superare¹⁷⁵. Le candidate, infatti, spesso non ricevono un adeguato supporto dalla famiglia e, al contrario, sono di sovente incoraggiate a dedicarsi a quest'ultima, a discapito della carriera¹⁷⁶.

Si può, dunque, facilmente comprendere per quale ragione la rappresentanza politica delle donne nel Congresso americano sia ancora esigua, mettendo, così, in luce un problema centrale negli Stati Uniti: il mancato raggiungimento della parità di genere a livello federale¹⁷⁷.

Non è un caso, quindi, che l'organo legislativo statunitense si sia più volte interrogato sull'opportunità e sulle modalità per implementare la presenza femminile nei seggi del Congresso tramite l'utilizzo delle *gender quotas*, dal momento che, già con il *Voting Rights Act* del 1965, erano stati introdotti dei programmi di azioni positive volti a tutelare le minoranze etniche e razziali¹⁷⁸.

Tale questione è stata variamente analizzata dalla giurisprudenza, in particolare costituzionale, chiamata ad interrogarsi sulla compatibilità di questi strumenti – aventi lo scopo di incrementare il numero delle donne nelle sedi decisionali – con l'*Equal Protection Clause* del XIV emendamento¹⁷⁹.

Si ritiene, infatti, che non si possa agire sui meccanismi elettorali del Campidoglio equiparando le donne a delle minoranze, poiché la compagine femminile non può essere considerata come un insieme omogeneo di soggetti¹⁸⁰. Non si terrebbero, dunque, in debito conto le diversità esistenti tra le stesse e, sulla base di queste considerazioni, si arriva ad affermare che «*it is highly unlikely that the Constitution vests Congress with the authority to pass an electoral gender quota*»¹⁸¹.

Anche se, dunque, fosse attribuito all'organo legislativo il potere di introdurre un sistema di quote elettorali, queste previsioni si ritroverebbero ad essere sottoposte al sindacato delle corti per

¹⁷⁴ Docente alla J.F. Kennedy School of Government presso la Harvard University.

¹⁷⁵ La studiosa tratta di «*surface and structural discrimination*». La prima situazione si verifica quando «*members of the polity sometimes vote for a man rather than a woman to represent them, even when the woman and man are equally qualified*», la seconda quando le donne «*are socialized not to see themselves as competitors in politics... [and] are therefore less likely to enter the competition for office*». Così, J. MANSBRIDGE, *Quota Problems: Combating the Dangers of Essentialism*, 1, Politics and Gender, Cambridge, 2005, 622-628.

¹⁷⁶ In tal senso si veda *The World's Women 2010*, New York, 2010, 120, oltre che N. SHVEDOVA, *Obstacles to Women's Participation in Parliament*, in *Women in Parliament. Beyond Numbers*, 2005, 33-36.

¹⁷⁷ M.P. JONES, *The Desirability of Gender Quotas: Considering Context and Design*, 1, in *Politics and Gender*, Cambridge, 2005, 645-649. Si sceglie, in questa sede, di prendere in esame la composizione del Congresso degli Stati Uniti e, dunque, di analizzare il problema delle quote elettorali a livello federale. Si ravvisa, infatti, come il problema della sottorappresentazione femminile sia una questione di centrale importanza nel dibattito statunitense. Questo Paese, infatti, sconta una bassa presenza femminile tra i componenti del suo organo legislativo: così, K. SANBONMATSU, *Women's Underrepresentation in the U.S. Congress*, cit. Molti studiosi si sono, inoltre, interrogati, sulla possibilità di risolvere tale problematica introducendo un sistema di *gender quotas*, sulla scia di altri ordinamenti: in tal senso si orienta la testimonianza di A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1462. Ciò non può che essere testimoniato da eventi quali quelli verificatisi nel 2008, anno che vide le candidature di Hillary Clinton e Sarah Palin, entrambe soggette a commenti sessisti da parte della stampa: S.J. CARROLL, *Reflections on Gender and Hillary Clinton's Presidential Campaign: The Good, the Bad, and the Misogynic*, 5, Politics and Gender, 2009, 13; D.B. CARLIN, K.L. WINFREY, *Have You Come a Long Way, Baby? Hillary Clinton, Sarah Palin, and Sexism in 2008 Campaign Coverage*, Oxford, 2009, 326-328.

¹⁷⁸ A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1469 ss. In questi casi la *Supreme Court* ha operato uno «*strict scrutiny*», censurando diverse disposizioni volte a introdurre delle azioni positive a tutela dei soggetti discriminati a causa della loro origine etnica: *ivi*, 1473.

¹⁷⁹ A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1473: «*For the reasons noted above, it is highly unlikely that the Constitution vests Congress with the authority to pass an electoral gender quota*». Si afferma, inoltre, che, al contrario di quanto avviene con riferimento ai casi di *race discrimination*, «*Gender classifications (...) receive an intermediate form of scrutiny*». Così, J.M. SKAGGS, *Comment, Justifying Gender-Based Affirmative Action Under United States v. Virginia's "Exceedingly Persuasive Justification" Standard*, in *Calif. L. Rev.*, 86, 1998, 1169 e 1173 (citando *Craig v. Boren*, 429 U.S. (1976)).

¹⁸⁰ «*(...) women in America "do not vote as a block, face no substantial geographical segregation, and do not necessarily prefer women candidates by substantial margins," thus making a purely procedural redistricting scheme infeasible as an effort to increase female representation in Congress*»: così, A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1473.

¹⁸¹ A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1473.

violazione del XIV emendamento¹⁸². Non è un caso, infatti, che la giurisprudenza costituzionale statunitense abbia sfavorito l'uso di tali meccanismi da parte dei singoli stati¹⁸³ per implementare la presenza femminile nei luoghi di potere.

A livello federale¹⁸⁴, in particolare, la *Supreme Court* ha avuto modo di delineare, a partire dalla celebre sentenza *Reed v. Reed*¹⁸⁵, un nuovo atteggiamento, di «*special suspicion*» nei confronti del «*sex as a classifying factor*»¹⁸⁶, arrivando a definire una «*intermediate form of scrutiny*»¹⁸⁷.

Dalla celebre pronuncia sopracitata in poi¹⁸⁸, si ravvisa, infatti, un elemento comune alle sentenze dei nove *Justices*: tutte le leggi invalidate dal giudice costituzionale statunitense erano volte a prevenire o, quantomeno, a scoraggiare degli allontanamenti dai ruoli tradizionali assegnati ai due sessi, «congelando la biologia dentro un destino sociale»¹⁸⁹. Da qui deriva la grande attenzione che il dibattito – giuridico e non solo – di questo Paese ha assegnato al tema della discriminazione di genere, nozione che si estende, in alcune ipotesi, anche alle *reverse discriminations*: non è un caso, infatti, che le disposizioni «che comportano un maggiore onere o una penalizzazione per gli uomini vengono assoggettate (...) allo stesso tipo di scrutinio riservato a quelle che riguardano le donne»¹⁹⁰.

La finalità dell'azione della Corte, operando *two ways*, consiste, dunque, proprio nel tentativo di eliminare e smantellare gli stereotipi e i ruoli di genere che esistono, ancora oggi, negli Stati Uniti¹⁹¹.

Si arriva, quindi, a delineare un sistema di giudizio di costituzionalità simile allo *strict scrutiny*, «da cui si discosta soltanto perché non tutte le *gender classifications* meritano di essere affrontate attraverso una presunzione d'incostituzionalità, per la necessità di fare salve quelle differenze di trattamento che rispondono ad autentiche diversità di situazioni»¹⁹² e che sono volte alla promozione dell'eguaglianza¹⁹³. Si parla, oggi, di una forma di controllo di legittimità capace di attingere alla «dimensione effettuale delle deliberazioni del legislatore»¹⁹⁴. Quest'ultima consiste nel sindacato *by effects*, in grado di incidere sul riparto dei ruoli tra i sessi¹⁹⁵.

Si deve, quindi, notare fin d'ora l'avversione della giurisprudenza – anche e soprattutto statale – americana per le *gender quotas*, che difficilmente risultano incoraggiate. Non è un caso che le quote siano state, infatti, definite come «*not narrowly tailored to serve the state's interest*»¹⁹⁶ di incrementare la parità di genere, allo scopo di eliminare le discriminazioni esistenti.

¹⁸² A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1473.

¹⁸³ A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1473, dove si rinvia a *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. (2003); *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 81978).

¹⁸⁴ Si sceglie, in questa sede, di analizzare ciò che accade a livello federale, per evitare che l'attenzione del lettore sia distolta dal fulcro della presente trattazione: trovare una soluzione al problema della discriminazione di genere nella rappresentanza politica, istanza comune alle due democrazie analizzate (quella americana ed italiana).

¹⁸⁵ *Reed v. Reed*, 404 U.S. (1971).

¹⁸⁶ Così, G. SORRENTI, «*Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica*», cit., 450.

¹⁸⁷ Intendendo per esso che «*a gender based affirmative action measure may survive constitutional challenge when a race-based program may not*»: così, A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1474.

¹⁸⁸ Basti, qui, accennare a *Craig v. Boren*, 429 U.S. (1976) e a *United States v. Virginia*, 518 U.S. (1996).

¹⁸⁹ G. SORRENTI, «*Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica*», cit., 451.

¹⁹⁰ G. SORRENTI, «*Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica*», cit., 452.

¹⁹¹ G. SORRENTI, «*Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica*», cit., 452.

¹⁹² G. SORRENTI, «*Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica*», cit., 454.

¹⁹³ A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1475.

¹⁹⁴ G. SORRENTI, «*Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica*», cit., 455.

¹⁹⁵ G. SORRENTI, «*Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica*», cit., 455. Su questa tematica si veda, per un approfondimento, sotto un diverso profilo, D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008.

¹⁹⁶ A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1476-1477: sia in *Back v. Carter* (933 F. Supp., N.D. Ind. 1996) che in *Mallory v. Harkness* (895 F. Supp., S.D. Fla. 1995) la giurisprudenza delle *lower courts* è giunta a tale conclusione.

Sulla scia di quest'impostazione si ritiene che anche l'introduzione, a livello federale, di un sistema di «*electoral gender quotas for members of Congress would likely face similar challenges under the Equal Protection Clause*»¹⁹⁷.

Di nuovo, la soluzione preferibile alla tematica affrontata risiede nella comparazione, strumento che può definire nuove prospettive di analisi e di interpretazione¹⁹⁸. Quest'ultima ci insegna che serve un lavoro di educazione della società¹⁹⁹ da parte, soprattutto, delle corti costituzionali²⁰⁰, affinché si arrivi a riconoscere il valore della parità di genere²⁰¹. In questo senso, dunque, si potrebbe, piuttosto, incoraggiare un sistema di *voluntary quotas*, riferite ai singoli partiti e lasciati alla loro autonomia²⁰², metodo che potrebbe risultare maggiormente consono per implementare la presenza femminile nelle istituzioni.

Tale questione risulta, infatti, ancora attuale. Non a caso, sono state solo tre fino ad ora le donne candidate alla Vice-Presidenza negli Stati Uniti e solo una di loro è stata eletta. Le figure di Geraldine Ferraro²⁰³ e di Sarah Palin²⁰⁴ sono state dimenticate dalla storia, mentre Kamala Harris ha raggiunto

¹⁹⁷ A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1477. Non ci si sofferma, in questa sede, sulla difficile compatibilità tra quote elettorali e il I emendamento, tematica sviluppata da A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1477 ss., cui si rimanda.

¹⁹⁸ Sull'importanza di guardare ad altri ordinamenti – espressa da uno dei *Justices* statunitensi – si veda R.B. GINSBURG, *My own words*, cit., 120: «*Some European countries, as slow to accord women the vote, have followed up more rapidly than has the United States that promise of an equal voice in societal affairs*». Il confronto con gli ordinamenti europei è sempre presente: da qui, i diversi sistemi giuridici possono imparare – tramite la comparazione – gli uni dagli altri. Citando le parole dell'*Associate Justice* Sandra Day O'Connor, Ginsburg afferma: «*Other legal systems continue to innovate, to experiment, and to find...solutions to the new legal problems that arise each day, [solutions] from which we can learn and benefit*» (ivi, 257). Similmente argomenta, con riferimento alla natura del XIV emendamento della Costituzione americana, autorevolmente L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, cit., 75: «*(...) (a) contrario, nei limiti in cui le decisioni concernenti l'eguaglianza sono dissociabili da quelle concernenti la giustizia, esse non solo risultano positivamente esatte, ma sembrano anche tanto approfondite da essere almeno in parte valide per ogni ordinamento che rechi affermazioni di parità giuridica, e le assicuri giurisdizionalmente*».

¹⁹⁹ K. SANBONMATSU, *Women's Underrepresentation in the U.S. Congress*, cit., 43. Qui l'autrice sostiene che: «*From an early age, girls and boys internalize society's expectations, including the assumption that men, more than women, are qualified for politics and elections. Even today, with the presence of women in Congress at an all-time high, the experience of successfully reaching Congress as women creates a sense of commonality and solidarity within the institution*».

²⁰⁰ Non è un caso che, sempre più in dottrina, si sottolinei il ruolo centrale del giudice delle leggi nella finalità di educare i cittadini e la società tutta: così opta G. BERGONZINI, *Corte costituzionale, autorevolezza, educazione, educazione alla democrazia: oltre l'umanità e la segretezza?*, cit., 177 ss.

²⁰¹ R.B. GINSBURG, *My own words*, cit., 157: «*Our mission was to educate, along with the public, decisionmakers in the nation's legislatures and courts*».

²⁰² Adottando un approccio comparatistico, sulla scia delle parole di Ruth Bader Ginsburg (cui si rimanda, come enunciato *ante*), si guardi, ad esempio, al caso della Svezia, in cui il *Social Democratic Party* è stato tra i primi ad adottare, negli anni '80, questi istituti, implementando – con successo – la partecipazione delle donne nel campo elettorale e rappresentativo. Eppure, se anche tali metodi hanno comportato effetti positivi, non sono sufficienti per tutelare la parità di genere: la mentalità e l'educazione possono mutare le sorti e la natura di un Paese e della sua società civile. Così, D. DAHLERUP e L. FRIDENVALL (curr.), *Electoral Gender quota systems and their Implementation in Europe*, Bruxelles, 2008, 100 ss. Così anche A.A. SOMANI, *The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?*, cit., 1477, che sostiene: «*Even if the Court agrees that the desire to enhance the equal opportunity of women to run for Congress as a remedy for past injustices does qualify as a substantial interest, the use of a rigid quota in itself, even as a temporary measure, will likely be invalidated as not narrowly tailored to achieve this interest*».

²⁰³ È stata la prima donna candidata per tale incarico negli Stati Uniti, sostenuta da Walter Mondale, che, in questo modo «ha compiuto un atto di coraggio e insieme un gesto di disperazione». Partendo da sfavorito, Mondale cercò, nelle elezioni del 1984, di rinvigorire la sua posizione candidando una donna figlia di immigrati italiani, che rappresentasse al massimo grado «il sogno Americano», l'«allegoria di un'America “che mantiene le porte aperte” ai suoi cittadini più operosi e solerti». Ciò non ha, però, aiutato il candidato democratico, galvanizzando, da una parte, gli strati femministi della popolazione e scoraggiando, dall'altra, i democratici più conservatori. Così G. SCARDOCCIA, *Geraldine Ferraro, la prima “numero 2”*, in *la Repubblica*, 13 luglio 1984, come riportato in *La grande corsa. Come le presidenziali hanno cambiato gli Stati Uniti e il mondo. Dal 1948 a oggi: dagli archivi di la Repubblica*, La Stampa e L'Espresso, inserto de *la Repubblica*, 26 ottobre 2020.

²⁰⁴ Candidata a fianco del repubblicano John McCain nelle competizioni elettorali del 2008.

il suo obiettivo, annunciando la vittoria alle competizioni elettorali del 3 novembre 2020 accanto a Joe Biden²⁰⁵. Non è un caso che la donna sia stata aspramente criticata per il suo atteggiamento “autoritario”. Dopo, infatti, il suo dibattito televisivo con Mike Pence, Harris si è dovuta confrontare con i pregiudizi: è stata definita come troppo aggressiva nei toni e nei modi, confermando, così, l’impostazione culturale cui si accennava *ante*²⁰⁶.

Gli stereotipi di genere e la diffidenza verso il sesso femminile, che caratterizza ancora alcuni strati della popolazione americana, sono, purtroppo, presenti ed attuali²⁰⁷. Per tali ragioni si può definire la problematica delle quote e dell’accesso delle donne ai pubblici incarichi come «*a big thing*»²⁰⁸, posta al centro del dibattito pubblico²⁰⁹.

4. Recenti sviluppi nella legislazione elettorale italiana, nazionale e regionale

È dal 2010 che il legislatore nazionale è intervenuto in attuazione delle modifiche costituzionali apportate al testo degli artt. 51 e 117 Cost.²¹⁰, non senza qualche resistenza. Basti pensare, innanzitutto, al contenuto della legge n. 65 del 2014, riguardante l’elezione dei rappresentanti italiani al Parlamento europeo, prevedendo il meccanismo della c.d. tripla preferenza di genere, articolato in due distinti regimi. Il primo, che ha trovato applicazione alle elezioni del 2014, ha visto la possibilità di esprimere fino ad un massimo di tre preferenze, stabilendo, però, la doverosità di votare per i candidati di entrambi i sessi, pena l’annullamento del terzo voto; il secondo, in vigore dal 2019, prevede, come sanzione, l’annullamento del secondo voto di preferenza, oltre che del terzo, stabilendo, altresì, che i partiti siano tenuti a rispettare le regole sulla parità di genere nella composizione delle liste²¹¹. È significativo notare come la rappresentanza femminile presso tale istituzione europea sia raddoppiata a partire dal 2014²¹². Segno, questo, dell’innegabile utilità di tali azioni positive come correttivi a discriminazioni esistenti. Eppure, ci si domanda, bastano tali strumenti? O, ancora, essi sono da incoraggiare per assicurare l’eguaglianza tra uomini e donne?

Quesiti a cui non è facile dare una risposta univoca.

Se guardiamo, infatti, alla legislazione elettorale nazionale italiana ravvisiamo diverse disposizioni che si sono prefissate come obiettivo il raggiungimento della parità di trattamento.

²⁰⁵ Si evidenzia, in particolare, come, oggi, negli Stati Uniti il partito repubblicano e democratico abbiano un atteggiamento diverso con riferimento alla partecipazione femminile alle competizioni elettorali: più restio il primo ad ammetterle, maggiormente aperto ed accogliente il secondo. Tale problematica risulta, inoltre, strettamente correlata alle polemiche anti Trump, laddove si contesta l’attuale Presidente statunitense definendolo come sessista e fortemente ostile alle donne che intraprendano la carriera politica. Così argomenta K. SANBONMATSU, *Women’s Underrepresentation in the U.S. Congress*, cit., 46-48.

²⁰⁶ M. ASTOR, *Kamala Harris and the ‘Double Bind’ of Racism and Sexism*, in *New York Times*, 10 ottobre 2020. In questo articolo l’autrice delinea tutti gli attacchi personali cui è stata sottoposta la Harris, che è stata, da più parti, definita come “aggressiva”. La giornalista nota come tale affermazione si iscriva in un clima razzista e sessista, che attacca le donne decise e sicure di sé e sottolinea, in particolare, come la Harris subisca un doppio pregiudizio: quello di essere donna e di essere una donna di colore.

²⁰⁷ Si argomenta in tal senso rinviando alle considerazioni svolte nella nota precedente.

²⁰⁸ K. SANBONMATSU, *Women’s Underrepresentation in the U.S. Congress*, cit., 49.

²⁰⁹ Non a caso, Nancy Pelosi, l’attuale *speaker* della *House of Representatives*, ha affermato «(...) *the significance, for American Women, of seeing ‘that someone who may have shared their experience – whether it is to be a working Mom or whatever it happens to be – [has] a voice at the table’*»: così, E.A. GOLEBIOWSKA, *Group Stereotypes and Political Evaluation*, in *American Politics Research*, 29, 2001, 176.

²¹⁰ M. D’AMICO, *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, Relazione presentata il 30 marzo 2017 a Roma, Corte di Cassazione, nell’ambito dell’Iniziativa promossa dalla Struttura di Formazione decentrata della Corte di Cassazione in collaborazione con l’Associazione Donna Magistrato Italiane, 8. Si accenna, qui, alla legge n. 120 del 2011 (riguardante la composizione dei CDA delle società), alla legge n. 247 del 2012 (in tema di riequilibrio di genere delle istituzioni dell’ordinamento forense) e al d.lgs. n. 23 del 2010 (avente ad oggetto il raggiungimento della parità tra uomini e donne negli organi collegiali delle Camere di commercio).

²¹¹ M. D’AMICO, *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, cit., 9.

²¹² M. D’AMICO, *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, cit., 10.

Dapprima è intervenuta la legge n. 52 del 2015, il c.d. *Italicum*²¹³. Dopo numerosi dibattiti in fase di approvazione alla Camera e al Senato²¹⁴, il testo licenziato il 15 aprile prevedeva che nel complesso delle candidature circoscrizionali di ciascuna lista nessun sesso potesse essere rappresentato in misura superiore al 50%. Nell'ambito di ciascuna lista, poi, i candidati devono essere presentati in ordine alternato per sesso, i capilista dello stesso sesso non potevano essere più del 60% del totale in ogni circoscrizione e l'elettore poteva esprimere fino a due preferenze, per candidati di sesso diverso (c.d. doppia preferenza di genere), tra quelli non capolista, pena l'annullamento della seconda preferenza²¹⁵. Tali disposizioni vanno, però, analizzate assieme alla norma che consente al capolista di essere candidato fino ad un massimo di dieci collegi²¹⁶. Così facendo, il rischio di elusione della norma è molto alto: basterebbe, infatti, rispettare solo formalmente le prescrizioni legislative ricandidando la medesima donna in più collegi²¹⁷. Altra criticità rilevata consiste nel fatto che l'*Italicum* si applicherebbe solo alla Camera dei Deputati e non alle elezioni per il Senato della Repubblica²¹⁸.

Leggendo, dunque, il combinato disposto con l'art. 9, co. 2, d.l. n. 149/2013²¹⁹, che sancisce una diminuzione degli incentivi dati ai partiti qualora questi non ottemperassero a tale impianto normativo, si ravvisa la natura sanzionatoria di tale disposizione, che risulta, però, inidonea ad incentivare la presenza femminile in politica²²⁰.

Per tale ragione, con l'entrata in vigore della successiva legge elettorale nazionale²²¹ – il c.d. *Rosatellum* o *Rosatellum bis* –, sono state introdotte quattro previsioni finalizzate ad assicurare la parità tra i due sessi nell'accesso alle cariche pubbliche.

Due riguardano la quota riservata all'elezione attraverso il metodo proporzionale e sanciscono, rispettivamente, che, per la Camera dei Deputati, «A pena di inammissibilità, nella successione interna delle liste nei collegi plurinominali, i candidati sono collocati secondo un ordine alternato di genere»²²² e che, per il Senato della Repubblica «nessuno dei due generi può essere rappresentato nella posizione di capolista in misura superiore al 60 per cento, con arrotondamento all'unità più

²¹³ Per un approfondimento ulteriore del tema della parità di genere nell'*Italicum*, si rinvia a B. PEZZINI, *Democrazia paritaria o duale? Le leggi elettorali e la questione di genere*, in AA.VV., *La riforma della Costituzione. Una guida con le analisi di 15 costituzionalisti*, Milano, 2016, 175-176, A. FALCONE, *Misure di riequilibrio di genere nel disegno di revisione costituzionale e nella recente legislazione in materia elettorale e di finanziamento ai partiti politici*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 22 dicembre 2015, 2-3.

²¹⁴ M. D'AMICO, *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, cit., 11. Si dubitava, infatti, che tali misure potessero portare a qualsiasi risultato. Le nuove norme stabilivano, infatti, dei "listini bloccati", sui quali gli elettori, dunque, non avrebbero potuto esprimere alcuna preferenza. Nonostante l'opposizione e la protesta di molte deputate, gli emendamenti dalle stesse proposti non hanno passato il vaglio della Camera. Le medesime perplessità si sono ripresentate, però, in Senato, che ha prodotto il testo poi entrato in vigore.

²¹⁵ M. D'AMICO, *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, cit., 11.

²¹⁶ Ci si riferisce, in questa sede, al testo dell'art. 19 T.U. Camera.

²¹⁷ M. D'AMICO, *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, cit., 12.

²¹⁸ Ci si riferisce all'art. 2 del Testo Unico di cui al d.lgs. n. 533 del 1993: «Il Senato della Repubblica è eletto a suffragio universale, favorendo l'equilibrio della rappresentanza tra donne e uomini con voto diretto, libero e segreto, sulla base dei voti espressi nelle circoscrizioni regionali».

²¹⁹ «Nel caso in cui, nel numero complessivo dei candidati di un partito politico in ciascuna elezione della Camera dei deputati, del Senato della Repubblica o dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, uno dei due sessi sia rappresentato in misura inferiore al 40 per cento, le risorse spettanti al partito politico (...) sono ridotte in misura percentuale (...)».

²²⁰ Sull'utilità di tale disposizione, contenuta nella normativa riguardante la «Abolizione del finanziamento pubblico diretto» ai partiti, si veda M. D'AMICO, *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, cit., 21. Alla domanda «I numeri bastano?» la risposta è, invero, negativa: «bisogna sempre ricordare che le norme non bastano, e che per promuovere una parità effettiva il cambiamento "formale" deve essere accompagnato da un processo "culturale" e "sostanziale"».

²²¹ Si intende la l. 3 novembre 2017, n. 165.

²²² Art. 18 *bis*, co. 3, ultimo periodo, T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati e art. 9, co. 4, T.U. per l'elezione del Senato della Repubblica.

prossima»²²³. La terza norma stabilisce, inoltre, che «nessuno dei due generi può essere rappresentato in misura superiore al 60 per cento, con arrotondamento all'unità più prossima»²²⁴. La quarta previsione attiene, infine, al regime dei controlli sulla presentazione delle liste dei candidati, sancendo dei meccanismi sanzionatori in caso di irregolarità e di mancato rispetto di tali norme²²⁵.

Le disposizioni in esame suscitano, però, numerose perplessità sotto tre diversi aspetti²²⁶.

La prima problematicità riguarda il versante dell'ordinamento costituzionale. I dettati normativi così introdotti, infatti, si inseriscono nel solco della riforma degli artt. 51 e 117 Cost., che ha «l'intento di agevolare la rappresentanza politica nazionale femminile mediante l'allestimento di misure volte ad aggredire la storica e persistente ridotta rappresentanza delle donne nelle assemblee elettive»²²⁷. Tale legislazione, però, non terrebbe conto dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema operata dalla Corte costituzionale²²⁸. Non potendosi, infatti, accettare delle misure volte ad incidere sugli esiti elettorali e sulla rappresentanza, l'imposizione di un ordine alternato in base al genere nella composizione delle liste elettorali rispetta i canoni imposti al riguardo dalla Corte costituzionale. Altrettanta certezza non sembra accompagnare la previsione di soglie del 60% «nella rappresentanza massima di ciascun sesso rispetto alla posizione di capolista nel complesso delle liste presentate nei collegi plurinominali ed alle candidature complessivamente presentate in quelli uninominali»²²⁹. Ciò andrebbe a ledere il principio di pari opportunità nell'accesso alle cariche politiche e susciterebbe una lesione del concetto di «uguaglianza di opportunità»²³⁰, intesa come «parità di *chances* delle liste e dei candidati e delle candidate»²³¹.

Un secondo punto da analizzare attiene alla questione della circoscrizione Estero. Essa, infatti, rimane esclusa dall'applicazione di ogni misura tesa al riequilibrio della rappresentanza di genere accentuando, così, il distacco tra i due sistemi di elezione²³², ma resta compatibile con le disposizioni sull'ordine alternato di genere nella successione interna delle liste e sul limite del 60% nella rappresentanza di un singolo genere nella posizione di capolista²³³. Con riferimento all'elezione dei

²²³ Art. 18 *bis*, co.3.1, T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati e art. 9, co. 4 *bis*, T.U. per l'elezione del Senato della Repubblica.

²²⁴ Art. 18 *bis*, co.3.1, T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati e art. 9, co. 4 *bis*, T.U. per l'elezione del Senato della Repubblica.

²²⁵ Art. 22, co. 6 *bis*, T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati. Si dovranno, infatti, comunicare tali aspetti agli Uffici centrali circoscrizionali che, a loro volta, nel caso in cui siano rispettati i criteri di composizione di ciascuna lista, provvedono inserendo in coda alle liste i candidati dello stesso sesso presenti nell'elenco dei candidati supplenti, altrimenti inseriscono direttamente nei posti rimasti vacanti nelle liste i candidati dello stesso sesso presenti nell'elenco dei candidati supplenti.

²²⁶ P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, in *Nomos*, n. 2/2018, 15 ss.

²²⁷ P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, cit., 16.

²²⁸ P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, cit., 17.

²²⁹ P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, cit., 17.

²³⁰ *Corte cost. sent. 49/2003*. In tal senso, già L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, cit., 370-371.

²³¹ *Corte cost. sent. 49/2003*. In tal senso, già L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, cit., 370-371.

²³² Ci si riferisce più precisamente agli emendamenti 2.01., riferito all'A.C. n. 2352, e 2.0.4, riferito all'A.S. 2941, che aggiungevano dopo l'articolo 2 della legge n. 165 un articolo 2-*bis*, rubricato «Parità di genere nella circoscrizione Estero», che avrebbe modificato la normativa sull'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero di cui alla legge 27 dicembre 2001, n. 459, aggiungendo, all'articolo 8, comma 3, la previsione per cui «A pena di inammissibilità della lista, i candidati sono collocati in lista secondo un ordine alternato di genere», ed all'articolo 11, comma 3, la previsione per cui «In caso di espressione della seconda preferenza, l'elettore deve scegliere un candidato di sesso diverso dal primo a pena di nullità della seconda preferenza».

²³³ Si accenna, qui, alla previsione di cui all'articolo 8, comma 1, della legge 27 dicembre 2001, n. 459, in forza della quale, ai fini della presentazione delle liste per l'attribuzione dei seggi da assegnare nella circoscrizione Estero, si osservano, in quanto compatibili, le norme di cui agli articoli da 14 a 26 del Testo Unico per la elezione della Camera dei

parlamentari afferenti alla circoscrizione Estero, si constata che tale sistema consiste in un meccanismo elettorale integralmente proporzionale che prevede il voto di preferenza, diversamente da quanto accade per il nuovo sistema elettorale nazionale²³⁴.

Il terzo aspetto oggetto d'indagine riguarda l'effettività delle misure predisposte a favore del riequilibrio nella rappresentanza politica tra i sessi considerando la disciplina elettorale *ante delineata*²³⁵.

Come si è già avuto modo di dimostrare²³⁶, i risultati delle azioni positive possano essere facilmente aggirati²³⁷ e differiscono a seconda delle diverse aree geografiche del Paese che possono essere prese in considerazione²³⁸.

In termini conclusivi, le criticità – sia in termini giuridici che fattuali –, emerse in relazione alla nuova legge n. 165 del 2017, danno conto delle molte difficoltà in ambito applicativo di tali disposizioni²³⁹. Non può, però, ignorarsi la circostanza che nelle ultime legislature nazionali la rappresentanza femminile in Parlamento abbia visto un notevole incremento, riallineando, così, l'Italia alla media degli altri Paesi europei²⁴⁰.

La normativa nazionale è, poi, intervenuta altresì per dare una concreta attuazione agli artt. 51 e 117 Cost. nel loro combinato disposto con l'art. 122 Cost., che assegna alla legislazione regionale la disciplina del «sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di compatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali», precisando che essa opera «nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica»²⁴¹.

Tale cornice è stata dettata dalla disciplina contenuta nella legge n. 165/2004, come integrata dalla riforma apportata dall'art. 3, 1° co., della legge n. 215/2012, con cui il legislatore nazionale si fa carico di integrare la succitata normativa con il principio di parità di genere²⁴². Il legislatore regionale è, dunque, tenuto da allora ad attenersi a tale valore, guardando alla necessità di tutelare l'eguaglianza tra i sessi²⁴³ attraverso «la predisposizione di misure che permettano di incentivare l'accesso del genere sottorappresentato alle cariche elettive»²⁴⁴. Tale principio è stato, poi, ulteriormente

Deputati, e successive modificazioni, non sembra infatti sufficiente a ridurre la distanza tra i due sistemi elettorali, nazionale ed estero, in ordine alla disciplina della rappresentanza di genere.

²³⁴ P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, cit., 17.

²³⁵ P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, cit., 18.

²³⁶ Si rinvia alla trattazione formulata *ante*.

²³⁷ L. TAGLIERI, *Parità di genere e prima applicazione della legge n. 165/2017. Le "quote rosa" e il percorso verso la parità di genere nel sistema elettorale*, in [Diritti Fondamentali](#), n. 1/2018, 26-27. Si rinvia ai meccanismi elusivi di cui *ante*.

²³⁸ P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, cit., 19.

²³⁹ P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, cit., 19.

²⁴⁰ Si vedano, al riguardo, i dati raccolti nel *Gender Equality Index 2017. Measuring gender equality in the European union 2003-2015*, in <https://eige.europa.eu>, 2017, spec. 49, nonché le statistiche relative alla distribuzione per sesso dei deputati e dei senatori reperibili in *Democrazia paritaria e sistemi elettorali*, Dossier n. 293 a cura del Servizio Studi della Camera dei Deputati, in <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/AC0680.pdf>, 15 marzo 2017, 8-9.

²⁴¹ L. FUCITO, *La parità di genere nella legislazione elettorale regionale*, Dossier n. 220 a cura del Servizio Studi del Senato della Repubblica, agosto 2020, 1.

²⁴² Al comma 1 dell'articolo 4 della legge 2 luglio 2004, n. 165, è aggiunta, in fine, la seguente lettera: «c-bis) promozione della parità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive attraverso la predisposizione di misure che permettano di incentivare l'accesso del genere sottorappresentato alle cariche elettive».

²⁴³ L. FUCITO, *La parità di genere nella legislazione elettorale regionale*, cit., 3.

²⁴⁴ L. FUCITO, *La parità di genere nella legislazione elettorale regionale*, cit., 3-4.

enfaticamente dalle modifiche introdotte dall'art. 1 della legge n. 20/2016²⁴⁵, che ha sancito diverse modalità per assicurare la parità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche pubbliche²⁴⁶.

Osservando le diverse leggi regionali che regolano le elezioni si può arrivare a notare che la Regione Sardegna e la Provincia autonoma di Trento vantano delle normative che offrono una tutela persino maggiore: qui, oltre a prevedere la doppia preferenza di genere, si deve assicurare la presenza paritaria di candidati di sesso diverso nelle liste elettorali²⁴⁷.

In particolare, è proprio con riferimento alla situazione della Regione Autonoma Sardegna che si può chiaramente evidenziare come le misure promozionali possano rivelarsi non sufficienti per garantire – sotto un profilo di effettività – la parità tra uomini e donne. Con la prima legge statutaria regionale²⁴⁸, si stabiliva, infatti, che in ciascuna lista circoscrizionale ciascuno dei due generi non potesse essere rappresentato in misura superiore ai 2/3 dei candidati²⁴⁹ e gli elettori erano chiamati ad esprimere un voto di preferenza²⁵⁰. Nonostante, però, tale apparato normativo, gli esiti delle elezioni regionali erano stati sconfortanti: solo 4 donne sono state elette su 60 consiglieri regionali²⁵¹. Il problema qui evidenziato consiste nell'organizzazione interna dei partiti, che si è rivelata inefficace per dare una concreta attuazione alla normativa predetta²⁵². Con le modifiche intervenute con la legge regionale statutaria n. 1/2018²⁵³ il panorama normativo è ulteriormente cambiato, ma tali misure sono risultate solo parzialmente efficaci. Se, infatti, nelle consultazioni comunali la presenza femminile è aumentata²⁵⁴, tale obiettivo non si è realizzato nelle elezioni regionali del febbraio 2019²⁵⁵. Ciò ha, dunque, dimostrato come le misure promozionali non siano «del tutto sufficienti a soddisfare gli obiettivi di democrazia paritaria imposti dai principi costituzionali di eguaglianza sostanziale e di pari opportunità, se non sono supportate da una più consapevole cultura politica»²⁵⁶. Non a caso, infatti, si evidenzia come il meccanismo della doppia preferenza costituisca un valido strumento per implementare l'eguaglianza tra i sessi, che risulta, però, utile solo se accompagnato dall'azione dei candidati²⁵⁷.

²⁴⁵ L. FUCITO, *La parità di genere nella legislazione elettorale regionale*, cit., 4.

²⁴⁶ L. FUCITO, *La parità di genere nella legislazione elettorale regionale*, cit., 4: «Nello specifico la legge prevede quanto segue: 1) la legge elettorale regionale, qualora ammetta la possibilità di esprimere preferenze nei confronti dei candidati, deve prevedere che: i) in ciascuna lista i candidati siano presenti "in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale"; ii) la facoltà dell'elettore di esprimere almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima (cosiddetta doppia preferenza di genere). Alla luce di tale disposizione i sistemi elettorali che attribuiscono all'elettore la facoltà di esprimere un solo voto di preferenza non sono in linea con la disposizione statale di principio; 2) la legge elettorale, qualora non preveda la facoltà di espressione di preferenze, deve (comunque) imporre "l'alternanza tra candidati di sesso diverso, in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale"; 3) la legge, qualora contempli collegi uninominali, provvede a garantire "l'equilibrio tra candidature presentate col medesimo simbolo in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale"».

²⁴⁷ L. FUCITO, *La parità di genere nella legislazione elettorale regionale*, cit., 9.

²⁴⁸ La Legge Regionale Statutaria (Sardegna) 12 novembre 2013, n. 1.

²⁴⁹ S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 31 marzo 2019, 9.

²⁵⁰ S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, cit., 9.

²⁵¹ S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, cit., 9.

²⁵² S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, cit., 10, laddove si segnala che in sedici legislature le donne elette nei consigli regionali hanno rappresentato il 5,87% degli eletti.

²⁵³ Con cui è stata introdotta una doppia preferenza di genere "rinforzata", unita, tra l'altro, a previsioni volte a stabilire la parità anche nella comunicazione politica, sancendo la presenza paritaria di candidati e candidate nelle tribune politiche e negli spazi offerti da radio e televisioni: così, S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, cit., 9.

²⁵⁴ Il dato relativo alla presenza femminile pari al 42,58% nei comuni della Sardegna con una popolazione superiore ai 5000 abitanti è riportato in L. MARILOTTI e M.F. MANDIS (curr.), *Amministrative sarde 2017 – La doppia preferenza di genere, risultati e prospettive*, Sassari, 2018, 30 ss.

²⁵⁵ S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, cit., 10.

²⁵⁶ S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, cit., 10.

²⁵⁷ S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, cit., 10.

Tale circostanza non si è verificata in Sardegna e ciò ha messo ancor più chiaramente in luce come il diritto non risulti sempre sufficiente per rispondere a tutte le istanze che un ordinamento giuridico contemporaneo pone²⁵⁸.

Per tale ragione è, a volte, persino il Governo ad intervenire per verificare che le Regioni – ordinarie e non – rispettino i fondamentali principi in tema di parità di genere, esercitando il suo potere sostitutivo *ex art.* 120 Cost.²⁵⁹. Così è avvenuto in occasione delle ultime elezioni regionali con il d.l. n. 86/2020, che, con il suo articolo 1, ha sancito la necessità dell'intervento statale a fronte del mancato recepimento, da parte della Regione Puglia, della normativa in tema di parità di genere²⁶⁰.

Con ciò si tende, nuovamente, a sottolineare l'importanza dei principi di cui agli artt. 3, 51 e 117 Cost., come innovati dalle riforme costituzionali, e della legislazione – statale e regionale – di recepimento, volta ad assicurare l'eguaglianza tra i sessi²⁶¹.

In conclusione, la normativa costituisce certamente un punto di partenza per determinare importanti cambiamenti nella sensibilità politica dei cittadini, ma non rappresenta – e non può rappresentare – l'approdo ultimo del sistema giuridico di riferimento²⁶².

Ciò che, infatti, deve essere stimolato dall'azione della giurisprudenza – soprattutto quella costituzionale – è un mutamento nella sensibilità dell'«uomo comune», un'educazione del cittadino per renderlo – sia esso un uomo o una donna – parte integrante e attiva di una democrazia

²⁵⁸ «(...) anche laddove entrambe le misure [della doppia preferenza di genere e delle altre misure attuative del principio costituzionale di pari opportunità] siano presenti, non sempre si determina un riequilibrio della rappresentanza»: così, S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, cit., 11-12. Si sottolinea, con forza che «il cambiamento “formale” deve essere accompagnato da un processo “culturale” e “sostanziale”» per evitare che le riforme, che gli ordinamenti apportino, restino «lettera morta»: così, M. D'AMICO, *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, Relazione presentata a Roma, presso la Corte di Cassazione, il 30 marzo 2017, 21.

²⁵⁹ Si accenna, in questo caso, all'esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo *ex art.* 120, 2° co., Cost.: «Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione».

²⁶⁰ «1. Il mancato recepimento nella legislazione regionale in materia di sistemi di elezione del Presidente e degli altri componenti della Giunta Regionale, nonché dei consigli regionali dei principi fondamentali posti dall'articolo 4 della legge 2 luglio 2004, n. 165, come modificata dalla legge 15 febbraio 2016, n. 20, integra la fattispecie di mancato rispetto di norme di cui all'articolo 120 della Costituzione e, contestualmente, costituisce presupposto per l'assunzione delle misure sostitutive ivi contemplate.

2. Al fine di assicurare il pieno esercizio dei diritti politici e l'unità giuridica della Repubblica, nella Regione Puglia per le elezioni del consiglio regionale, in luogo delle vigenti disposizioni regionali in contrasto con i principi della legge n. 165 del 2004 e salvo sopravvenuto autonomo adeguamento regionale ai predetti principi, si applicano le seguenti disposizioni:

a) ciascun elettore può esprimere due voti di preferenza, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso dall'altro, e le schede utilizzate per la votazione sono conseguentemente predisposte;

b) nel caso in cui siano espresse due preferenze per candidati del medesimo sesso, si procede all'annullamento della seconda preferenza. (...).

²⁶¹ «La democrazia paritaria, che può adottare «azioni positive» senza per questo esaurirsi (...) nella loro percentuale o quota di attuazione, consente di «ampliare lo sguardo» così da poter immaginare (...) un «mutamento del piano complessivo (...) dei sistemi democratici»: così, A. LORETONI, *Ampliare lo sguardo*, Roma, 2015, 89; T. CASADEI, *Diritto e (dis)parità. Dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria*, Roma, 2017, 22.

²⁶² Tra coloro che constatano ciò, A. DEL RE, *L'uguaglianza tra i sessi nei partiti politici. Una strada per una concreta democrazia*, in A. Falcone (a cura di), *Verso una democrazia paritaria. Modelli e percorsi per la piena partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale*, Milano, 2011, 105 ss.; C. PINELLI, *Discipline e controllo sulla democrazia interna ai partiti*, Padova, 1984; E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013; A. FALCONE, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle assemblee elettive e negli organi di governo: legislazione e giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, 21.

funzionante²⁶³. È una lotta comune, rivolta ad enfatizzare la necessità di valorizzare le differenze per tutelare l'uguaglianza²⁶⁴.

4.1. *L'elezione dei vertici dell'Ordine dei Commercialisti: l'inizio di una storia*

Un caso recentemente trattato dal TAR Lazio-Roma, Sez. I²⁶⁵ ha destato l'attenzione dei giuristi. Esso riguarda l'impugnazione, per violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 51 Cost., del Regolamento elettorale, approvato dal Ministro della Giustizia, per il rinnovo dei vertici degli organi dell'Ordine dei Commercialisti, che non prevede alcuna disposizione in materia di parità di genere. A nulla vale considerare che tale regolamento si sia semplicemente conformato alla normativa primaria, il D.Lgs. n. 139/2005, in quanto quest'ultimo, non contemplando a sua volta disposizioni volte a determinare un riequilibrio fra i due sessi, si pone anch'esso in una condizione di illegittimità costituzionale, secondo chi ha formulato il ricorso predetto²⁶⁶.

Non è un caso che la questione, affrontata dal predetto Tribunale, sia stato definito come «non suscettibile (...) di favorevole apprezzamento»²⁶⁷. Si sanciscono, infatti, tre diversi assunti. Innanzitutto, si argomenta che «in assenza di alcuna previsione in materia di parità di genere ricavabile dalla lettura del d.lgs. n. 139/2005, il regolamento elettorale oggetto di approvazione ministeriale non può ritenersi illegittimo per diretto contrasto con l'art. 51 della Costituzione, mancando una previsione normativa primaria in grado di individuare le opportune integrazioni al sistema elettorale vigente, in modo da garantire un adeguato rispetto del precetto costituzionale»²⁶⁸. Si arriva, poi, a rigettare la questione di legittimità costituzionale sollevata per contrasto con gli artt. 3 e 51 Cost.. Si stabilisce che tale questione non può essere rimessa al vaglio della Corte costituzionale perché «presupporrebbe la richiesta alla Consulta di un intervento di tipo additivo, non consentito a fronte della presenza di plurime soluzioni adeguate, la cui scelta appartiene alla discrezionalità del legislatore»²⁶⁹. Si aggiunge, altresì, l'impossibilità di procedere ad una sentenza additiva di principio, che diverrebbe priva di rilevanza «venendo in considerazione la necessità di integrare concretamente delle regole elettorali»²⁷⁰.

Il TAR chiude l'ordinanza, infine, rinviando al legislatore nazionale per garantire un'equa rappresentanza di genere in tale ambito²⁷¹.

Ciò che risulta particolarmente interessante è la risposta del giudice amministrativo di primo grado: è in capo alle Camere il compito di produrre una normativa che vada a tutelare l'uguaglianza tra uomo e donna.

Le argomentazioni addotte del Tribunale non appaiono, però, ad avviso di chi scrive, pienamente convincenti. Attendere, infatti, esclusivamente un intervento legislativo in tal senso svilisce il significato che l'operatività della Corte costituzionale è chiamata ad assumere nel nostro

²⁶³ Da qui, la necessità, oggi, di guardare al ruolo – fondamentale – svolto dai giudici costituzionali. Questi ultimi hanno un compito centrale: «*Our mission was to educate, along with the public, decisionmakers in the nation's legislatures and courts*», come sottolinea con efficacia R.B. GINSBURG, *My own words*, cit., 157.

²⁶⁴ Grava, quindi, sugli stessi cittadini, e, in particolare, proprio sui candidati e gli eletti, il compito di tutelare tale trasformazione della società, in modo da «ribaltare la tradizionale visione dei ruoli di uomini e donne nelle istituzioni, garantendo l'effettiva partecipazione di *tutti* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»: così, S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, cit., 12.

²⁶⁵ Si accenna qui al caso con R.G. n. 7724/2020.

²⁶⁶ Così afferma S. GALLO, *Presentato un ricorso al TAR, elezioni in dubbio. Il regolamento elettorale non rispetterebbe la disciplina in materia di parità di genere. Chiesta la sospensione cautelare del procedimento*, in [Eutekne](#), 07 ottobre 2020.

²⁶⁷ TAR Lazio-Roma, Sez. I, ord. n. 6927/2020.

²⁶⁸ TAR Lazio-Roma, n. 6927/2020 cit.

²⁶⁹ TAR Lazio-Roma, n. 6927/2020 cit.

²⁷⁰ TAR Lazio-Roma, n. 6927/2020 cit.

²⁷¹ TAR Lazio-Roma, n. 6927/2020 cit.

ordinamento²⁷². Il giudice delle leggi non vuole sostituirsi al legislatore, ma può certamente stimolarlo affinché quest'ultimo si faccia tutore dei diritti e dei valori dell'ordinamento²⁷³.

La parità tra i sessi è, infatti, un obiettivo che la stessa Costituzione si è posta, un cammino di crescita continuo, che – come si evince da tali recenti controversie – necessita dell'intervento del giudice delle leggi, per educare e sensibilizzare su tali questioni²⁷⁴. Rifiutare, dunque, l'azione della Consulta non può contribuire in alcun modo a risolvere la questione della sotto-rappresentazione femminile ai vertici degli organi dell'Ordine dei commercialisti.

Ben potrebbe, infatti, la Corte operare con due modalità: tramite una sentenza c.d. monitoria o tramite una sentenza additiva di principio.

Nel primo caso, il giudice delle leggi, rigettando la questione di legittimità costituzionale, rivolge un monito al legislatore, invitandolo ad intervenire «talora indicandogli anche i criteri da seguire (c.d. sentenze decalogo) (...), talvolta rilevando che la pronuncia di rigetto è condizionata alla transitorietà della disciplina in vigore (c.d. sentenze di legittimità provvisoria)²⁷⁵». Nel secondo caso, invece, si farà riferimento ad un meccanismo in base al quale la Consulta «dichiara l'illegittimità costituzionale di una parte del tutto peculiare della disposizione impugnata, esattamente di quella parte in cui, secondo l'interpretazione della Corte, omette una determinata disciplina normativa che invece deve considerarsi come costituzionalmente necessitata»²⁷⁶. In quest'ultima ipotesi si potrà operare inserendo nel dettato legislativo «soltanto una norma di principio, la cui concreta attuazione è rimessa all'intervento del legislatore (...) o, in sua assenza, a quello operato volta per volta dal giudice»²⁷⁷.

Queste due soluzioni, diverse ed alternative fra loro, sembrano dei possibili rimedi per l'ordinamento italiano contemporaneo, ma solo il tempo potrà dirci se vi sarà un giudice *a quo* che si prenderà la responsabilità di far valere tale questione di fronte al giudice delle leggi.

Da qui, l'importanza del ruolo dei membri della magistratura²⁷⁸ e del Parlamento²⁷⁹, primi, ma non unici²⁸⁰, motori nella macchina del sistema giuridico italiano contemporaneo.

5. Verso una cittadinanza di genere?

Dall'analisi fin qui esposta si può chiaramente evincere come il legislatore – nazionale e regionale – abbia tentato di innovare l'ordinamento giuridico, mediante, innanzitutto, l'utilizzo delle azioni positive, per assicurare l'eguaglianza tra uomo e donna nell'Italia di oggi.

Tale obiettivo non si è, però, ancora realizzato e da qui deriva la necessità di usare un approccio – ancora poco indagato – che si identifica nel ricorso alla comparazione: essa ci insegna che è solo con un mutamento culturale e sociale che si può arrivare ad una vera educazione sul ruolo della donna

²⁷² I giudici costituzionali divengono, infatti, «interpreti» del «processo vitale» che è rappresentato dalla «continua dinamica» espressa dal testo costituzionale: così, P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia*, Bologna, 2018, 105.

²⁷³ Fondamentale compito della Corte costituzionale è quello di tutelare i valori che, «proprio per questa loro dimensione radicale sono destinati a durare: creature storiche essi pure, non sono realtà assolutamente statiche, ma il loro movimento è lentissimo, assomigliando a quei ghiacciai della natura fisica percorsi da un impercettibile moto che ne scandisce l'immobilità apparente»: così, P. GROSSI, *La Costituzione italiana espressione di un tempo giuridico post-moderno*, in *L'invenzione del diritto*, cit., 58.

²⁷⁴ Si accenna, qui, ad un vero e proprio «*educational purpose*» delle Corti costituzionali contemporanee, istanza sempre più fondamentale oggi, come insegna G. TIEGHI, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, cit., 197.

²⁷⁵ M. MAZZIOTTI DI CELSO e G.M. SALERNO (curr.), *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, 2010, 559.

²⁷⁶ M. MAZZIOTTI DI CELSO e G.M. SALERNO (curr.), *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 560.

²⁷⁷ M. MAZZIOTTI DI CELSO e G.M. SALERNO (curr.), *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 560.

²⁷⁸ Addirittura sosteneva P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1989, 256: «I giudici son come gli appartenenti a un ordine religioso: bisogna che ognuno di esso sia un esemplare di virtù, se non vuole che i credenti perdano la fede».

²⁷⁹ Sull'importanza del ruolo del Parlamento, anche e soprattutto alla luce degli eventi storici che hanno caratterizzato il nostro Paese, si veda M. MAZZIOTTI DI CELSO e G.M. SALERNO (curr.), *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 254 ss.

²⁸⁰ Si vedano le considerazioni di seguito esposte, in particolare con riferimento al ruolo dei giudici costituzionali.

negli ordinamenti giuridici contemporanei²⁸¹. La presenza, infatti, dei due sessi nelle istituzioni non è solo una questione che interessa il genere femminile, ma un problema della società tutta, che dovrebbe dirigersi verso una «democrazia paritaria»²⁸², idea che mal si concilia con l'assenza di rappresentanti della maggioranza del «popolo sovrano» nelle sedi decisionali²⁸³.

Proprio per questa ragione si deve evidenziare un duplice sforzo teso a questo scopo: quello del legislatore regionale e quello della giurisprudenza costituzionale.

Il primo ha, infatti, inaugurato una nozione nuova, il concetto di «cittadinanza di genere»²⁸⁴. Tentando di attribuire un significato all'idea di eguaglianza²⁸⁵, in alcune Regioni²⁸⁶ sono state introdotte delle norme che definiscono la «cittadinanza di genere», per essa intendendosi una visione di parità tra uomo e donna²⁸⁷ che non cancelli o attenui le differenze, ma che le evidenzi con la finalità di trarne nuova linfa per una società pluralistica e democratica²⁸⁸, incentivando, così, un'effettiva

²⁸¹ Così nota tristemente l'on. Emma Bonino, in un'intervista rilasciata ad A. POLITI, *Emma Bonino: «L'Italia rifiuta la meritocrazia. Così le donne non andranno mai al potere»*, in *Corriere della Sera*, Milano, 21 aprile 2020. Qui afferma: «Però noto che dove ci sono le quote grazie a leggi che io non ho mai votato, come nei consigli di amministrazione, la parità di genere si afferma perché non se ne può fare a meno. Appena non c'è una legge che obbliga, come nelle task force governative, sparisce» perché «È un aspetto del rifiuto della meritocrazia. Il potere in Italia tende a riprodursi per cooptazione, il potere dà dipendenza, è un grande afrodisiaco. Così prevale la cultura che gli inglesi chiamano della *old boys' net*, la rete dei vecchi amici che si frequentano e si conoscono, a cui si è aggiunta di recente una *new boys' net*». Le donne in politica in Italia rappresentano ancora una minoranza: solo il 35% di loro hanno incarichi come Ministri e nell'attuale legislatura (XVIII) sono tre le donne alla guida di commissioni permanenti. Tre sono attualmente le donne che fanno parte della Corte costituzionale (nella storia della Consulta ci sono state solo altre due giudici donne): Marta Cartabia (nominata nel 2011), Daria De Pretis e Silvana Sciarra (nominate nel 2014). Così testimonia *Legislazione e politiche di genere*, n. 62, in <https://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/ID0007.pdf>, Camera dei Deputati, XVIII legislatura, Roma, 5 marzo 2020, 71 ss. Questa, inoltre, l'impostazione di P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017*, n. 165, cit., 19: «Le misure a supporto della rappresentanza femminile mostrano infatti tutta la loro inadeguatezza qualora non accompagnate dalla consapevolezza, sul piano culturale, del valore della diversità di genere, premessa imprescindibile all'affermazione di una partecipazione autentica e realmente paritaria alla vita politica ed istituzionale del Paese».

²⁸² P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017*, n. 165, cit., 19.

²⁸³ L. CARLASSARE, *Il diritto alle pari opportunità a 60 anni dall'entrata in vigore della Carta costituzionale*, in www.csm.it, Roma, 2008; A. PHILLIPS, *Democrazia e rappresentanza. Ovvero, perché il sesso nei nostri rappresentanti dovrebbe avere importanza?*, in B. BECCALLI, *Donne in quota*, Milano, 1999; G. BRUNELLI, *Donne e politica*, Bologna-Roma, 2006; M. D'AMICO, A. CONCARO, *Donne e istituzioni politiche*, Torino, 2006.

²⁸⁴ A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: un nuovo concetto giuridico "inclusivo"?*, in *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Padova, 2016, 132 ss.

²⁸⁵ «Il rapporto tra norma e fatto è (...) complesso. [Si deve] operare per la trasformazione del fatto stesso, secondo valore (anzi, l'insieme dei valori fondamentali, nelle loro mutue implicazioni). È questo, in nuce, il senso profondo dell'eguaglianza nella sua struttura internamente composita, risultante (...) da un profilo formale e da uno sostanziale, il quale ultimo specialmente dà la spinta ai processi di produzione giuridica, orientandoli con vigore verso la realizzazione (...) dei fini-valori costituzionali»: così, A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 24.

²⁸⁶ Si fa, in questa sede, riferimento al contenuto di diverse leggi regionali: dapprima, alla l. r. n. 16/2009 della Toscana; alla l. r. n. 23/2012 delle Marche e, infine, alla l. r. n. 6/2014 dell'Emilia-Romagna.

²⁸⁷ Ad esempio, tramite normativa che promuova una genitorialità consapevole, un'equa distribuzione delle responsabilità familiari, un sostegno allo sviluppo della persona mediante la conciliazione tra tempi di lavoro e dedicati alla vita privata, oltre che un'incentivazione all'imprenditorialità femminile, eliminando, così, gli stereotipi legati al genere. A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: un nuovo concetto giuridico "inclusivo"?*, cit., 133-134.

²⁸⁸ «(...) la promozione sociale è la «concreta possibilità di approssimarsi alla classe dirigente (...) attraverso l'attivazione di istituti e garanzie predisposti dal diritto positivo, a cominciare dai principi costituzionali». La promozione sociale è un valore costituzionale scaturente dalla combinazione di alcuni principi fondamentali: eguaglianza sostanziale, democrazia, pluralismo, principio personalista»: Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, cit., 33. Ciò si traduce nell'importanza di una «costruzione – in progress – di una cultura costituzionale civica fondata sul pluralismo, in specie, delle idee»: così, G. TIEGHI, *Diritto, esperienze comunicative, Questioning: nuovi itinerari di Giustizia Costituzionale?*, in *Federalismi*, 13 maggio 2020, 403-404. Le stesse Corti costituzionali, nella loro composizione e operatività, divengono «institutions of pluralism», espressione di dialogo tra i giudici e tra le Corti – costituzionali e non solo – e di attenzione alla comparazione: così, S. SCIARRA, *Rule of Law and Mutual Trust: A Short Note on Constitutional Courts as "Institutions of Pluralism"*, in *Diritto dell'Unione Europea* n. 3/2018, 431 ss.

partecipazione femminile alla vita politica e sociale del Paese²⁸⁹. Le modalità operative con cui le Regioni – e le Province e i Comuni – si sono prefissati di raggiungere tali finalità consistono proprio nell’adozione di azioni positive, ma anche e soprattutto nelle «iniziative a sostegno della parità assunte nei settori dell’educazione, della cultura» e nell’introduzione «di un adeguato linguaggio in ambito istituzionale»²⁹⁰, in modo da contrastare gli stereotipi di genere²⁹¹.

Risulta fondamentale, dunque, l’apporto delle istituzioni regionali, le quali svolgono una vera e propria funzione di coordinamento di tali istanze²⁹².

Da qui, l’accresciuta importanza negli ultimi anni del secondo sforzo, proveniente dall’opera dei giudici costituzionali, che, facendosi interpreti del diritto e tutori dei valori dell’ordinamento²⁹³, si sono assunti un pesante fardello: educare le nuove generazioni alla parità, insegnare ai cittadini che l’uguaglianza è composta di fatti e non di parole, consistendo in azioni e gesti concreti²⁹⁴.

Soprattutto, ciò che i giudici costituzionali hanno avuto modo di evidenziare – nella loro vita personale e professionale – è come la parità di genere sia un obiettivo comune ad entrambi i sessi, che dovranno, dunque, lavorare come alleati per assicurare l’eguaglianza tra uomini e donne²⁹⁵, valorizzando la loro *diversity*²⁹⁶ e attuando la vera “cittadinanza di genere”.

Non a caso, fin dai dibattiti in Assemblea costituente si è avuto modo di affermare che «nessuno sviluppo democratico, nessun progresso sostanziale si produce nella vita di un popolo se esso non sia accompagnato da una piena emancipazione femminile»²⁹⁷.

²⁸⁹ A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: un nuovo concetto giuridico “inclusivo”?*, cit., 134. A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere. Sviluppi recenti*, cit., 362.

²⁹⁰ A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere. Sviluppi recenti*, in *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, cit., 361. Ci si riferisce, qui, alle disposizioni contenute nella l. r. n. 6/2014 dell’Emilia-Romagna.

²⁹¹ A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere. Sviluppi recenti*, cit., 362. «(...) il cambiamento “formale” deve essere accompagnato da un processo “culturale” e “sostanziale”»: M. D’AMICO, *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, cit., 21.

²⁹² A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere. Sviluppi recenti*, cit., 362.

²⁹³ P. GROSSI, *La Costituzione italiana espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in *L’invenzione del diritto*, cit., 58-59, laddove si definisce la Corte costituzionale come «organo respiratorio del nostro ordine giuridico (...), precettore e stimolatore della carica espansiva della tutela costituzionale specie in tema di diritti fondamentali». Inoltre, «(...) il dialogo sui principi costituzionali e sulla loro interpretazione (...) rischia di rimanere confinato all’interno di una ristretta cerchia di specialisti (...). Si mette in dubbio (...) anche una delle più importanti funzioni che la Consulta dovrebbe avere: quella di motore equilibrato dell’evoluzione costituzionale, ispirazione e guida per l’intera cittadinanza. (...) già dalle motivazioni e dai dispositivi delle sue decisioni possono trarsi indicazioni «educative» di grande impatto per la società organizzata»: così, testualmente, G. BERGONZINI, *Corte costituzionale, autorevolezza, educazione, educazione alla democrazia: oltre l’umanità e la segretezza?*, in M. Bertolissi (a cura di), *Riforme. Opinioni a confronto*, cit., 180. Similmente, G. AMATO, *Osservazioni sulla «dissenting opinion»*, in C. Mortati (a cura di), *Le opinioni dissenzienti*, Milano, 1964, 24; S. CASSESE, *Dentro la Corte costituzionale*, cit., 134. «One of the strongest pillars of democracy is, I believe, the development of an educated citizenry»: S. DAY O’CONNOR, *The Majesty of the Law*, New York, 2003, 274. Così anche G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 122: «Possiamo perciò dire che la giustizia costituzionale non fa parte della democrazia, ma serve alla democrazia». È, poi, E. GRESSMAN, *Requiem for the Supreme Court’s Obligatory Jurisdiction*, in 65 *A.B.A. Journal*, 1979, 1327: «La soluzione dei problemi più importanti (di quelli che a parere dei giudici coinvolgono problemi di ampia portata pubblica) è la vera ragion d’essere di una moderna Corte Suprema».

²⁹⁴ Sulla necessità di un approccio educativo al tema della parità di genere e al concetto di uguaglianza tra i sessi, A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, cit., 63, già citata, ma anche E. STRADELLA, *Differenza, genere, pari opportunità e costituzionalismo: possibili intrecci. Brevi note*, cit., 379, laddove si accenna all’importanza di comprendere il valore delle differenze tra uomini e donne e, in generale, tra i cittadini.

²⁹⁵ Non a caso, “la società (l’umanità, anzi) è composta di donne e di uomini: è in nome della stessa democrazia, non nell’interesse delle donne, che va posta l’esigenza che le istituzioni, come la società, siano composte di donne e di uomini”: L. CARLASSARE, *La rappresentanza femminile: principi formali ed effettività*, in F. Bimbi, A. Del Re (a cura di), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant’anni dal voto*, cit., 87.

²⁹⁶ «The individual can make things happen. (...) We all bring to the seats of power our individual experiences and values, and part of this depend on our gender»: così, S. DAY O’CONNOR, *The Majesty of the Law*, cit., 194-195.

²⁹⁷ Così on. Teresa Mattei, seduta pomeridiana, Assemblea costituente, 18 marzo 1947.

Comune, dunque, a questi due soggetti istituzionali è il ruolo assunto all'educazione alla parità e alla valorizzazione della soggettività individuale²⁹⁸: ciò è testimoniato anche dalle analisi svolte tramite la comparazione con l'ordinamento statunitense, dove si è avuto modo di rilevare il ruolo, fondamentale, della *Supreme Court* per spingere i cittadini a mutare la propria sensibilità²⁹⁹.

È, infatti, la differenza di genere la chiave di successo e di innovazione di cui ogni ordinamento democratico³⁰⁰ contemporaneo deve dotarsi: essa costituisce, infatti, una ricchezza inestimabile, espressione delle capacità³⁰¹ – diverse e fondamentali – degli esponenti dei due sessi³⁰².

²⁹⁸ Questo ciò che vuole dimostrare S. NICCOLAI, *Donne: oggetti o soggetti dell'uguaglianza e del diritto?*, cit.

²⁹⁹ Sull'importanza della comparazione in tali questioni per delineare dei profili di risoluzione al problema si esprime B. BAINES e R. RUBIO-MARÍN (curr.), *Introduction. Toward a Feminist Constitutional Agenda*, in *The Gender of the Constitutional Jurisprudence*, Cambridge, 2004, 14-15: «Comparative constitutional analysis permits us not only to ask about the remedial strategies that national courts have adopted in cases where women (or men) allege sex discrimination, but also to compare these remedial responses cross-nationally. (...) this approach encourages us to ask: Does gender matter? Does context matter? Does the nature or scope of these benefits or privileges matter?». L'autrice arriva a definire il concetto di *parity democracy* come «an enterprise concerned with redefining the sexes, state, and democracy in such a way that human interdependence gains a central place in the public sphere»: B. RODRÍGUEZ-RUIZ e R. RUBIO-MARÍN, *Constitutional Justification of Parity Democracy*, 2009, 1183. Da qui deriva la necessità di rivedere l'approccio al problema di genere, per la cui risoluzione non bastano le quote o le azioni positive, ma è necessaria un'educazione alla parità. «For both men and women the first step in getting power is to become visible to others, and then to put on an impressive show... As women achieve power, the barriers will fall. As society sees what women can do, as women see what women can do, there will be more women out there doing things, and we'll all be better off for it»: così, R. B. GINSBURG, *My own words*, cit., XXI.

³⁰⁰ Sul legame, centrale, tra eguaglianza e democrazia si veda C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 148: l'art. 3 Cost., essendo inserito tra i principi fondamentali, parteciperebbe delle loro caratteristiche, indicando le finalità fondamentali assegnate allo Stato, e individuerrebbe «i criteri essenziali relativi ai rapporti della struttura organizzativa con gli altri elementi dell'ordinamento». Tale articolo e il suo rispetto arrivano, dunque, a caratterizzare la stessa forma di Stato.

³⁰¹ È questo riferimento l'approdo cui giunge la presente trattazione: è necessario, affinché le politiche di genere producano i loro frutti, valorizzare ciò che una persona è e ciò che il singolo può fare, secondo la sua natura. Questa è l'impostazione fatta propria da S. NICCOLAI, *Donne: oggetti o soggetti dell'uguaglianza e del diritto?*, cit., 312. In tal senso si orienta anche B. PEZZINI, *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio antisubordinazione di genere*, cit., 13, laddove afferma che: «Il complesso delle disposizioni costituzionali richiamate, nel quadro della autodeterminazione dei percorsi di vita riconosciuta dai principi fondamentali del personalismo e di uguaglianza degli artt. 2 e 3 Cost., imprime alle relazioni tra i sessi, in tutti i contesti in cui si svolgono, la direzione volta alla rimozione di ogni forma della subordinazione di genere, per rendere possibile la valorizzazione della autonomia personale secondo una declinazione sessuata (consapevole della differenza, non astrattamente neutralizzata)». Similmente opta L. RONCHETTI, *Autonomia e differenza di genere*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, cit., 330: qui si afferma che è necessario interrogarsi sul rapporto «tra le istituzioni e le persone fisiche e giuridiche, con l'obiettivo del pieno sviluppo della personalità e dell'effettiva partecipazione di tutti i soggetti (...) alla vita sociale, economica, politica e culturale». Così anche A. SCHILLACI, *Pensiero delle donne ed esperienza giuridica: alcune riflessioni*, cit., 365.

³⁰² Sul punto, A.K. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2008, oltre a T. CASADEI, *Diritto e (dis)parità. Dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria*, cit., 67, laddove si fa riferimento alla necessità di promuovere la parità e l'eguaglianza tra uomini e donne «nel rispetto delle differenze». Significativamente, inoltre, si accenna all'impostazione di A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, cit., 63: per includere veramente la figura femminile è necessario adottare un approccio teso a valorizzare la «cittadinanza di genere» per dare vita ad «una società più giusta e al tempo stesso più forte».

Angelo Licastro

Annotazioni sugli *standard* di tutela della libertà di culto nella seconda fase di gestione della pandemia (spunti per una comparazione tra Italia, Francia e Stati Uniti d'America)*

ABSTRACT: *In the current pandemic crisis, after overcoming the initial uncertainty phase, Governements should adopt policies that more carefully account for the protection of all constitutional rights. This essay assesses the current standards of protection of freedom of public worship in Italy, the United States and France, in the light of developments in emergency legislation and recent case law.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sul governo di una emergenza «a più fasi» indotta dalla pandemia. – 2. La salvaguardia in Italia della continuità delle celebrazioni liturgiche e il dialogo tra autorità religiose e organi governativi sulla gestione delle misure di sicurezza. – 3. Il nodo della Messa di Natale tra (innocui) adattamenti di orario e direttive (non vincolanti) di provenienza europea. – 4. Uno sguardo Oltreoceano: l'*Order* del Governatore Cuomo e l'orientamento favorevole ad ammettere la costituzionalità delle restrizioni per le celebrazioni religiose ivi previste. – 5. (*segue*) La svolta della Corte Suprema USA nella sua nuova composizione a netta maggioranza conservatrice. – 6. ... e uno Oltralpe: il transitorio *revirement* del Consiglio di Stato francese e la successiva conferma del precedente indirizzo. – 7. Conclusioni.

1. Considerazioni preliminari sul governo di una emergenza «a più fasi» indotta dalla pandemia

Superata la fase iniziale dell'emergenza, dopo la prima concreta percezione e identificazione della situazione di rischio eccezionale per la sanità pubblica conseguente alla comparsa del virus Sars-Cov-2, in Italia, come in quasi tutte le aree del pianeta, si è dovuto fare i conti col protrarsi e consolidarsi di quella situazione per un arco temporale di significativa durata, che pare destinato a protrarsi ben oltre le più pessimistiche originarie proiezioni. E se all'inizio, del tutto comprensibilmente, vi è stato, anche fra le istituzioni, un certo disorientamento a causa della difficoltà di affrontare una situazione del tutto nuova e imprevedibile, nella seconda fase di gestione della pandemia non solo si è potuto disporre di una migliore conoscenza del virus e dei suoi meccanismi di trasmissione, ma soprattutto c'è stato tutto il tempo per organizzare una adeguata pianificazione di interventi e di procedure, non più necessariamente e pesantemente condizionati dall'urgenza più pressante del primo momento.

All'atto della prima apparizione del virus, e per un arco temporale limitato, legittimamente può essersi riconosciuta precedenza assoluta all'adozione di misure di massima precauzione in funzione della tutela della salute pubblica, anche con grave sacrificio per altri interessi concorrenti (tra i quali quelli legati alla tutela della libertà di pubblico esercizio del culto, che saranno oggetto di specifica analisi nel presente contributo); man mano che la presenza del virus è andata consolidandosi, col conseguente dilatarsi dei tempi dell'emergenza – tanto che da una situazione di «anormalità» si è in pratica passati a una di quasi «nuova normalità» – è stato naturale attendersi interventi di contenimento del contagio più selettivi, mirati, meditati, preceduti da studio e preparazione specifici, meglio calibrati sulla base del bagaglio delle conoscenze e delle esperienze acquisite e, in definitiva, più attenti alla salvaguardia degli altri interessi in gioco¹.

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ In giurisprudenza, cfr. [Supreme Court of the United States, *Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak, Governor of Nevada, et al.* \(opinione dissenziente del giudice Alito\)](#), 591 U.S. (2020) (), 3 («As more medical and scientific evidence becomes available, and as States have time to craft policies in light of that evidence, courts should expect policies that more carefully account for constitutional rights»). Nella dottrina americana, cfr., per tutti, J. BLACKMAN, [What Rights Are “Essential”? The 1st, 2nd, and 14th Amendments in the Time of Pandemic](#), Draft – Forthcoming, in [Harvard Journal of Law & Public Policy](#), n. 3, 2020, 77.

In queste pagine non tornerò diffusamente su questioni già in altra occasione affrontate², nell'immediatezza del profilarsi della crisi sanitaria che stiamo ancora vivendo, e oggetto ormai di ampie riflessioni dottrinali³, ma cercherò di mettere in luce nuovi spunti che sembrano emergere sia dal dibattito politico e dalla più recente normazione emergenziale di settore, sia da significative prese di posizione della giurisprudenza a livello di giurisdizioni superiori straniere, con particolare riferimento ad alcune già chiamate a interloquire, su questi problemi, nell'iniziale fase più acuta della pandemia, come nel caso di quella francese e statunitense.

2. La salvaguardia in Italia della continuità delle celebrazioni liturgiche e il dialogo tra autorità religiose e organi governativi sulla gestione delle misure di sicurezza

Per quanto riguarda la situazione italiana, un elemento che ha indubbiamente contraddistinto questa seconda fase dell'emergenza riguarda il consolidarsi del quadro delle misure contenute nei vari Protocolli di sicurezza del 7 e del 15 maggio 2020⁴, con cui, com'è noto, si è avuto il superamento del divieto di compimento delle «cerimonie» religiose con concorso di popolo, originariamente introdotto nel nostro ordinamento a partire dall'art. 2, lett. v), del d.p.c.m. 8 marzo 2020, praticamente sin dal primo manifestarsi della crisi sanitaria, e con efficacia estesa all'intero territorio nazionale.

In vero, dopo l'adozione dei predetti Protocolli, non sono mancati «aggiustamenti» in corso d'opera di quelle misure⁵; qualche altro intervento è stato operato dai decreti del Presidente del

² Cfr. A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in questa *Rivista*, retro, 229 ss., nonché ID., *La libertà religiosa in Italia ai tempi del Covid-19*, Relazione introduttiva all'omonimo Webinar svoltosi sulla piattaforma Zoom il 30 aprile 2020, a cura dell'Università degli Studi di Messina, dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia e dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", i cui Atti sono in corso di stampa presso il «Diritto ecclesiastico».

³ Mi limito a richiamare alcuni tra gli scritti più recentemente pubblicati, dai quali è facile ricavare anche ulteriori indicazioni: F. ALICINO, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 19, 2020, 1 ss.; A. CESARINI, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile' collaborazione con le confessioni religiose*, *ivi*, n. 18, 2020, 1 ss.; N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2020, 208 ss.; P. LO IACONO, *La normativa anticovid tra tutela della salute e limitazioni all'esercizio della libertà religiosa (quando la sana cooperatio lotta contro un virus)*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3, 2020, 1088 ss.; M. MASSA, *I limiti al culto pubblico durante la pandemia*, in *Quaderni cost.*, n. 3, 2020, 602 ss.; V. PACILLO, *La libertà di culto di fronte all'emergenza Covid-19. Profili di diritto canonico e di diritto ecclesiastico italiano*, in *Diritto ecclesiastico*, n. 1-2, 2019, 11 ss.; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in questa *Rivista*, retro, 513 ss. (in part. 539 ss.). Nella manualistica, si veda S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI, *Diritto ecclesiastico italiano. I fondamenti. Legge e religione nell'ordinamento e nella società d'oggi*, Giappichelli, Torino, 2020, 90 ss.

⁴ Sui Protocolli per la ripresa delle celebrazioni, in vigore dal 18 maggio 2020, cfr. E. CASTORINA, *Libertà di culto, confessioni religiose e principio di bilateralità: i "protocolli sanitari" per il contrasto alla pandemia da Covid-19*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3, 2020, 564 ss.; M. L. LO GIACCO, *I "Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica": una nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 12, 2020, 107 ss.; G. MACRÌ, *Brevi considerazioni in materia di governance delle pratiche di culto tra istanze egualitarie, soluzioni compiacenti e protocolli (quasi) "fotocopia"*, *ivi*, n. 11, 2020, 68 ss.; A. TIRA, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: il protocollo del 7 maggio 2020 concordato tra Ministero dell'Interno e Conferenza Episcopale Italiana*, in *Giustizia Insieme*, 16 maggio 2020; ID., *Normativa emergenziale ed esercizio pubblico del culto. Dai protocolli con le confessioni diverse dalla cattolica alla legge 22 maggio 2020, n. 35*, *ivi*, 8 giugno 2020.

⁵ Si pensi alla possibilità di derogare all'obbligo dell'uso dei guanti, da parte del ministro di culto officiante, al momento della distribuzione della Comunione (una delle fasi più critiche quanto al pericolo di contagio) o all'esclusione dell'obbligo degli sposi di indossare la mascherina al momento della celebrazione del matrimonio (cfr. Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, *Emergenza epidemiologica da covid-19. Protocollo con la Conferenza episcopale italiana. Celebrazioni liturgiche con la partecipazione dei fedeli. Questioni poste dalla Conferenza episcopale italiana*, nota 26 giugno 2020, in *OLIR*; o ancora alla possibilità di tornare ad ammettere la figura dei cantori, in relazione alla quale il via libera del Comitato tecnico scientifico, sulla base degli indici epidemiologici registrati in agosto, sarà condizionato al rispetto di «una distanza interpersonale laterale di almeno 1 metro e almeno 2 metri tra le eventuali file del coro e dagli altri soggetti presenti», distanze suscettibili di essere ridotte «solo ricorrendo a barriere fisiche, anche mobili» (Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, *Emergenza*

Consiglio, senza tuttavia incidere in alcun modo sullo svolgimento delle funzioni religiose, ma solo su loro “appendici” del tutto eventuali e sicuramente estranee all’ordine di competenza proprio delle Confessioni religiose, come nel caso dei banchetti che seguono comunioni e battesimi o delle feste di nozze (e, dunque, con dei riflessi del tutto indiretti sulla materia ecclesiastica)⁶. Tuttavia, la scelta di fondo che ha caratterizzato tutti i provvedimenti del Presidente del Consiglio successivi alla adozione dei Protocolli è stata quella di *mantenere ferma la garanzia di libera celebrazione delle funzioni religiose*, salvo il rispetto delle misure di sicurezza originariamente fissate⁷.

Detto diversamente, mentre su altri fronti la ripresa, all’inizio della seconda ondata, della crescita esponenziale dei contagi ha consigliato di intervenire con misure di maggiore rigore rispetto a quelle in precedenza adottate (e risalenti, grosso modo, alla fase di mitigazione delle restrizioni e di riavvio delle attività non essenziali al termine del primo *lockdown*), per quanto riguarda le celebrazioni religiose si è ritenuto, invece, di doversene assicurare la piena continuità, lasciando a eventuali iniziative localmente assunte – direttamente dall’autorità ecclesiastica o col suo consenso – la scelta di sospendere le funzioni religiose o di disporre la chiusura degli edifici di culto. L’impostazione seguita dal Governo – diversa da quella che aveva caratterizzato il primo *lockdown* – non ha mancato di suscitare qualche reazione politicamente risentita, in chi non ha ritenuto di potere ravvisare alcuna giustificazione che consenta di differenziare il trattamento riservato alle messe da quello previsto per cinema e teatri.

Quando si è deciso di introdurre un regime differenziato sulla base del diverso livello territoriale di rischio, con la distinzione tra regioni «gialle», «arancione» e «rosse» e la previsione di misure via via più restrittive⁸, pure nelle aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di massima gravità le celebrazioni religiose sono rimaste sottoposte alla disciplina uniforme risultante dai richiamati Protocolli di sicurezza dello scorso mese di maggio⁹.

Una differenza può, tuttavia, riguardare il *regime degli spostamenti* necessari a raggiungere l’edificio di culto prescelto, sia nelle aree classificate in uno scenario di massima gravità (le zone

epidemiologica da covid-19. Protocollo con la Conferenza episcopale italiana. Celebrazioni liturgiche con la partecipazione dei fedeli. Questioni poste dalla Conferenza episcopale italiana, circ. 12 agosto 2020, in www.interno.gov.it.

⁶ L’art. 1, comma 6, lett. *n*), del d.p.c.m. 13 ottobre 2020, mentre aveva disposto la sospensione delle attività che avessero luogo in sale da ballo e discoteche o locali assimilati, vietando anche le feste nei luoghi al chiuso e all’aperto, aveva, invece, stabilito che le «feste conseguenti alle cerimonie civili o religiose sono consentite con la partecipazione massima di 30 persone nel rispetto dei protocolli e delle linee guida vigenti». Il successivo d.p.c.m. 24 ottobre 2020 [art. 1, comma 9, lett. *n*)] ha, invece, adottato misure più restrittive, prevedendo che «[s]ono vietate le feste nei luoghi al chiuso e all’aperto, ivi comprese quelle conseguenti alle cerimonie civili e religiose». Analogamente hanno disposto il d.p.c.m. 3 novembre 2020 [art. 1, comma 9, lett. *n*)] e il d.p.c.m. 3 dicembre 2020 [art. 1, comma 10, lett. *n*)].

⁷ Si vedano l’art. 1, lett. *o*), del d.p.c.m. 11 giugno 2020 (valido dal 15 giugno 2020 al 14 luglio 2020 e prorogato, fino al 31 luglio 2020, dal d.p.c.m. 14 luglio 2020) («le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati da 1 a 7»); l’art. 1, lett. *p*), del d.p.c.m. 7 agosto 2020 (valido dal 9 agosto 2020 al 7 settembre 2020 e poi prorogato, fino al 7 ottobre 2020, dal d.p.c.m. 7 settembre 2020); l’art. 1, lett. *p*), del d.p.c.m. 13 ottobre 2020 (valido dal 14 ottobre 2020) (su tale provvedimento, cfr. CEI, *Precisazione su DPCM del 13 ottobre*, 14 ottobre 2020, in [Chiesa cattolica italiana](http://www.chiesacattolica.it); l’art. 1, lett. *q*), del d.p.c.m. 24 ottobre 2020 (valido dal 26 ottobre 2020), a partire dal quale si tiene conto delle integrazioni all’Allegato 1 derivanti dalle «successive indicazioni del Comitato tecnico-scientifico» (su tale provvedimento, cfr. CEI, *Precisazione su DPCM del 24 ottobre*, 25 ottobre 2020, in [Chiesa cattolica italiana](http://www.chiesacattolica.it); l’art. 1, lett. *q*), del d.p.c.m. 3 novembre 2020 (valido per il periodo dal 6 novembre 2020 al 3 dicembre 2020); l’art. 1, comma 10, lett. *q*) del d.p.c.m. 3 dicembre 2020 (valido per il periodo dal 4 dicembre 2020 al 15 gennaio 2021).

⁸ D.p.c.m. 3 novembre 2020.

⁹ Lo precisa lo stesso Ministero dell’interno - circ. 7 novembre 2020, *Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 novembre 2020. Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19», in www.interno.gov.it, 3: «anche negli scenari più severi», la partecipazione alle celebrazioni religiose e alle manifestazioni pubbliche «restano regolate dall’art. 1 del decreto [del 3 novembre 2020], al quale fanno riferimento, rispettivamente, l’articolo 2, comma 5, e l’articolo 3, comma 5» del medesimo decreto.*

«rosse») sia in quelle rientranti nel livello di rischio immediatamente inferiore (zone «arancione»)¹⁰. Ricordo che il decreto legge 18 dicembre 2020, n. 172, ha esteso, su tutto il territorio nazionale, il suddetto regime, rispettivamente, nei giorni festivi e prefestivi compresi tra il 24 dicembre 2020 e il 6 gennaio 2021 e nei giorni rimanenti ricompresi tra le medesime date, prevedendo, altresì, che in quest'ultimo caso sono consentiti gli spostamenti dai piccoli comuni verso altri compresi entro 30 chilometri e con esclusione dei capoluoghi di provincia.

Nel caso delle zone «rosse», quel regime è analogo a quello che era stato introdotto durante il primo *lockdown*. L'art. 3, comma 4, lett. a), del menzionato d.p.c.m. 3 novembre 2020 ha, infatti, previsto che è vietato (anche all'interno del territorio comunale) ogni spostamento, salvo quelli motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero determinati da motivi di salute. Si precisa, altresì, fra l'altro, che il transito sui territori interessati dalle misure più restrittive è ammesso «nei casi in cui gli spostamenti sono consentiti ai sensi del presente decreto». Analogamente ha disposto l'art. 3, comma 4, lett. a), del d.p.c.m. 3 dicembre 2020.

Nel caso delle zone «arancione», gli spostamenti subiscono le note restrizioni quando avvengono tra comuni diversi (oltre che nella fascia oraria ricompresa nel così detto coprifuoco), ma anche stavolta si è precisato che nessun divieto interviene qualora si renda necessario uscire dal proprio comune per «svolgere attività o usufruire di servizi non sospesi e non disponibili in tale comune» (art. 2, comma 4, lett. b) del d.p.c.m. 3 novembre 2020 e del d.p.c.m. 3 dicembre 2020). Ed è noto che gli spostamenti tra diversi comuni determinati dall'esigenza di prendere parte ad alcune celebrazioni religiose sono abbastanza frequenti, in certe aree del Paese, nell'ambito delle minoranze confessionali, che non vantano una presenza capillare di strutture destinate al culto diffusa sull'intero territorio nazionale.

In ogni caso, l'accennato quadro di prescrizioni esclude che possano riproporsi i dubbi che si erano prospettati durante il primo *lockdown*, quando una nota del Ministero dell'interno aveva negato, come si ricorderà, l'ammissibilità degli spostamenti direttamente motivati dall'esigenza di recarsi presso il più vicino edificio di culto anche solo per un momento di preghiera individuale o di raccoglimento.

E, infatti, la circ. ministeriale del 7 novembre 2020, già richiamata, precisa al riguardo che le limitazioni alla mobilità «non elidono l'esercizio di attività consentite in base ad altre disposizioni del provvedimento», ricordando, sia relativamente ai territori ricompresi nella così detta zona «arancione» sia in quelli ricompresi nella così detta zona «rossa», che l'accesso ai luoghi di culto e la partecipazione alle funzioni religiose «restano disciplinate dall'art. 1, comma 9, lett. p) e q)»¹¹. In questo modo si è voluto ribadire che le limitazioni alla mobilità, come sarebbe stato facilmente desumibile dalle stesse previsioni autorizzative esplicitate *referite alle attività*, non elidono *l'ammissibilità degli spostamenti* per l'esercizio delle medesime attività (consentite da altre disposizioni del provvedimento); si è solo opportunamente aggiunto (*con riferimento alla zona «arancione»*, ma con considerazioni a maggior ragione valide anche per la zona «rossa») che «vigendo nei territori in questione restrizioni agli spostamenti, i luoghi di culto dovranno ragionevolmente essere individuati fra quelli più vicini»¹².

¹⁰ Per la esplicita riconduzione, in Baviera, ai «validi motivi» (*Triftige Gründe*) che giustificano gli spostamenti dalla propria abitazione, della finalità della partecipazione a servizi ecclesiastici e riunioni di comunità religiose, cfr. il § 2, n. 13, dell'Ordinanza del 15 dicembre 2020: [Elfte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung \(11. BayIfSMV\)](#). Analoga possibilità non è prevista dal successivo § 3 per gli spostamenti durante il coprifuoco notturno tra le 21.00 e le 5.00. Ne deriva che nella regione tedesca le celebrazioni della notte di Natale dovranno consentire il rientro nell'abitazione dei fedeli entro le 9.00 di sera.

¹¹ Ministero dell'interno - circ. 7 novembre 2020, cit., 9 e 11.

¹² *Ibidem*, 9. La circolare aveva opportunamente richiamato «la forte raccomandazione, contenuta nell'articolo 1, comma 3 [del d.p.c.m. 3 novembre 2020, che per la prima volta ha previsto la divisione del territorio in aree con diverso livello di rischio], di limitare gli spostamenti personali nell'area gialla [e quindi nell'intero territorio nazionale] anche nelle fasce orarie della giornata non soggette a restrizioni della mobilità» (*ibidem*, 3), ribadendo che *anche per le zone arancione* valgono «le regole prudenziali che suggeriscono non solo di limitare all'indispensabile gli spostamenti, ma anche di effettuarli, di massima, raggiungendo il luogo più vicino dove comunque sia possibile la soddisfazione della propria esigenza» (*ibidem*, 9, mio il corsivo). Nelle FAQ presenti sul sito della Presidenza del Consiglio, alla domanda

Sorprende, pertanto, che la CEI, attraverso una apposita *Comunicazione circa il Decreto Legge del 18 dicembre*, presupponendo erroneamente che la precisazione della suddetta circolare ministeriale valga (solo) per i «giorni di “zona rossa”», abbia potuto dare indicazioni secondo le quali «[d]urante i giorni di “zona arancione” i fedeli potranno raggiungere liberamente qualsiasi luogo sacro sito nel Comune di residenza, domicilio o abitazione. Se esso ha una popolazione non superiore a 5.000 abitanti è possibile recarsi in chiese situate in altri Comuni che non siano capoluoghi di provincia e distanti non oltre i 30 km»¹³. Nella congerie delle norme emergenziali di questo periodo possono capitare errori di coordinamento; ma, in ogni caso, è davvero difficile da comprendere la logica sottesa a questo tipo di indicazione.

Quanto al confronto e dialogo con i gruppi religiosi, sul piano strettamente tecnico-normativo, resta controverso ogni riferimento al principio fissato nell’art. 14 dell’Accordo 18 febbraio 1984 fra Stato e Chiesa cattolica (e alle corrispondenti previsioni delle intese con le altre Confessioni), ma c’è ormai da considerare un principio di settore, coniato con puntuale riferimento alla materia in esame, derivante dall’art. 1, comma 2, lett. *h-bis*), del D.L. 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35: in pratica, il Governo, ai sensi della precedente lett. *h*) del medesimo art. 1, comma 2, può senz’altro disporre la «sospensione delle cerimonie civili e religiose», oltre che limitare l’«ingresso nei luoghi destinati al culto»; la definizione, però, delle misure necessarie ai fini dello svolgimento delle funzioni religiose in condizioni di sicurezza è “proceduralizzata” legislativamente con esplicito richiamo al metodo concertativo.

È in questa prospettiva di valorizzazione del dialogo tra Governo e Confessioni religiose che lo scorso 12 novembre, presso il Ministero dell’interno, il capo del Dipartimento per le Libertà civili e l’Immigrazione (nel cui ambito, com’è noto, è incardinata la Direzione centrale degli Affari dei culti e per l’Amministrazione del Fondo Edifici di Culto) si è confrontato con i rappresentanti delle Confessioni religiose, collegati in videoconferenza, che a maggio avevano sottoscritto i Protocolli per la ripresa delle celebrazioni liturgiche.

Si è così avuto modo di valutare bilateralmente (dal lato del Governo e da quello dei gruppi religiosi) l’attualità delle misure a suo tempo concordate, anche alla luce delle novità conseguenti alla differenziazione del territorio nazionale per fasce di rischio operata dal d.p.c.m. 3 novembre 2020 e in un ambito in cui è evidente il rischio che lo Stato si intrometta nella diretta definizione di dettagli liturgici estranei alla propria competenza¹⁴.

Da segnalare la novità della contestuale partecipazione all’incontro virtuale di rappresentanti della Conferenza episcopale italiana e di Confessioni diverse dalla cattolica, quasi a volere smentire che la diversa scelta operata in fase di sottoscrizione dei Protocolli – che si era attirata le critiche di qualche Autore¹⁵ – sia stata dettata dal persistere di antiche prassi espressive di eccessiva deferenza dello Stato

se nelle zone arancioni «[c]i si può spostare per andare in chiesa o negli altri luoghi di culto», si risponde che è possibile farlo «dalle 5 alle 22. Invece, dalle 22 alle 5, vige un regime degli spostamenti analogo a quello relativo alla zona rossa». Alla medesima domanda, riferita alle zone rosse, si risponde nei termini seguenti: «È possibile raggiungere il luogo di culto più vicino a casa, intendendo tale spostamento per quanto possibile nelle prossimità della propria abitazione. Infatti, l’accesso ai luoghi di culto è consentito, purché si evitino assembramenti e si assicuri tra i frequentatori la distanza non inferiore a un metro. Possono essere altresì raggiunti i luoghi di culto in occasione degli spostamenti comunque consentiti, cioè quelli determinati da comprovate esigenze lavorative o da necessità, e che si trovino lungo il percorso già previsto, in modo che, in caso di controllo da parte delle forze dell’ordine, si possa esibire o rendere la autodichiarazione prevista per lo spostamento lavorativo o di necessità. È altresì consentito partecipare alle funzioni religiose, nei limiti e nel rispetto degli specifici protocolli» (<http://www.governo.it/>) (ultima visita 20 dicembre 2020).

¹³ CEI, *Comunicazione circa il Decreto Legge del 18 dicembre, 19 dicembre 2020* (20 dicembre 2020).

¹⁴ In Francia non si è mancato di denunciare la «tentation d’immixtion dans le détail des rituels», ribadendo che «[s]i la définition des “mesures barrières” relève naturellement du pouvoir législatif et réglementaire, les modalités concrètes et précises de leur application aux gestes rituels relèvent exclusivement de la responsabilité des responsables des cultes»: *Les cultes religieux face à l’épidémie de Covid-19 en France*, [Note de l’Office Parlementaire d’Évaluation des Choix Scientifiques et Technologiques \(OPECST\)](#) del 2 luglio 2020, 36 s.

¹⁵ Cfr. G. MACRÌ, *Brevi considerazioni in materia di governance delle pratiche di culto tra istanze egualitarie, soluzioni compiacenti e protocolli (quasi) “fotocopia”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), n. 11, 2020, 72 e 75.

verso la Chiesa cristiana di Roma. A parte la discussione nel merito delle questioni prospettate, si sarebbe deciso, sul piano metodologico, di accogliere «la proposta del capo dipartimento di confrontarsi periodicamente [...] per favorire soluzioni rapide alle questioni che potranno essere segnalate dalle comunità religiose»¹⁶.

3. Il nodo della Messa di Natale tra (innocui) adattamenti di orario e direttive (non vincolanti) di provenienza europea

La celebrazione della Messa della notte di Natale è stata oggetto di una attenzione (pure a livello mediatico) che non sembra avere riguardato, in eguale misura, la celebrazione della Pasqua, nonostante ad aprile, nella prima fase dell'emergenza sanitaria, i fedeli abbiano dovuto fare i conti con un *divieto assoluto* di compimento della funzione religiosa in loro presenza, mentre ora si è trattato soltanto di affrontare una questione – di rilievo davvero marginale in una situazione di grave e persistente emergenza sanitaria – concernente il *semplice adattamento dell'orario* determinato dall'esigenza del rispetto del così detto coprifuoco.

Non credo abbiano avuto una qualche influenza nel dibattito politico scelte legate a verità dommatiche sul significato del Natale o della Pasqua. In vero, dal punto di vista strettamente liturgico, i riti della notte di Natale non soggiacciono affatto ai vincoli che sono, invece, caratteristici, ad esempio, della notte di Veglia Pasquale. In quest'ultimo caso, si tratta di celebrazioni che devono essere considerate parte della liturgia della Domenica di Pasqua, quindi non suscettibili di esaurirsi nella giornata del Sabato Santo che la precede. Nessun problema di questo tipo si pone, invece, per le celebrazioni del 24 dicembre.

Piuttosto, la risonanza che ha avuto la questione della compatibilità dell'orario della Messa della notte di Natale con quello del coprifuoco sembra avere, in qualche modo, risentito di una sorta di "effetto di trascinamento" o "di amplificazione" prodotto dal forte richiamo che le festività natalizie (a prescindere dal significato religioso della «Natività») e di fine anno conservano nella nostra tradizione (e nella tradizione occidentale in genere). Di fronte, cioè, al pericolo, non tanto (per i fedeli) di non potere partecipare a delle celebrazioni fedelmente rispettose delle indicazioni della liturgia (peraltro, come si è già accennato, tutt'altro che strettamente vincolanti sul punto), quanto, piuttosto, a quello (per i cittadini in genere, indipendentemente dal loro credo) di dovere rinunciare a tutto o a buona parte di ciò che il Natale e il Capodanno significano per le nostre tradizioni, si è acceso un dibattito che non poteva prescindere dall'abbracciare anche la questione della collocazione oraria della Messa del 24 dicembre, anch'essa per lo più "attratta" – in una dimensione "secolarizzata" e "desacralizzata" – nel contesto delle "tradizioni" di questo periodo dell'anno.

Anche per queste ragioni, probabilmente, è suonata, ad alcuni, eccessiva e indebitamente invasiva delle prerogative nazionali la presa di posizione della Commissione europea formulata nel documento che stabilisce una serie di misure per gli Stati membri chiamati a definire i loro approcci nazionali in funzione di una gestione più sostenibile della pandemia nei prossimi mesi invernali, compreso il periodo festivo di fine anno. In alcune anticipazioni di stampa circolate alla vigilia della pubblicazione del testo, si era parlato, con una qualche eccessiva semplificazione, di una raccomandazione contenente l'invito agli Stati di «sostituire le cerimonie in presenza con iniziative online o in tv»¹⁷. Ma la versione ufficiale, pubblicata lo scorso due dicembre¹⁸, ridimensionerà le notizie in un primo tempo circolate: premesso che «the quick transmission of the virus and ensuing risk can be increased by cultural traditions such as end-of-year festivities and religious gatherings or ceremonies»,

¹⁶ Cfr. <https://www.interno.gov.it/it/notizie/punto-viminale-sullapplicazione-dei-protocolli-anti-covid-nelle-celebrazioni-religiose>.

¹⁷ S. MOROSI, «Stop a messe di Natale»: la proposta Ue per evitare gli assembramenti. Cei: «Seguiranno le regole anti-Covid», in *Corriere della sera* (online), 1° dicembre 2020.

¹⁸ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *Staying safe from COVID-19 during winter*, Brussels, 2 dicembre 2020, COM(2020) 786/3.

considerate come tipici «‘super spreading’ events»¹⁹, ci si limiterà a invitare gli Stati membri a considerare la possibilità di *evitare che abbiano luogo i servizi di culto di grandi dimensioni* (cioè le cerimonie di culto con grossi assembramenti) o che siano *utilizzate trasmissioni online, televisive o radiofoniche*, di *riservare posti particolari dove i gruppi familiari stretti* (“household bubbles”) *possano sedere insieme* e di *vietare i canti di gruppo*, raccomandando, altresì, l’uso delle mascherine²⁰. Intanto, la Conferenza episcopale italiana, riunitasi in Assemblea straordinaria l’1 dicembre, proprio nel momento in cui si era diffusa la notizia dell’intervento da parte della Commissione europea, nelle *Comunicazioni* contenute nel resoconto finale, a proposito delle celebrazioni natalizie, ribadirà sostanzialmente tre cose.

Anzitutto, il Consiglio Permanente dei vescovi non riterrà di potere ravvisare, per le celebrazioni del Natale, ragioni tali da sconsigliare la partecipazione del popolo ai riti liturgici e a indurre a organizzarli attraverso trasmissioni a distanza, come era accaduto durante la prima fase più critica della pandemia. Pur con tutte le cautele necessarie nel tempo che si sta vivendo e nonostante la (prevedibile) più ampia partecipazione di fedeli in occasione di uno tra i più importanti appuntamenti dell’anno liturgico cattolico, si riterrà, quindi, che sia senz’altro possibile celebrare *nelle comunità*, in condizioni di piena sicurezza, grazie alla scrupolosa osservanza delle norme fissate nel Protocollo di maggio²¹. In secondo luogo, per gestire l’afflusso (prevedibilmente) più intenso di fedeli, si preciserà che, «[t]enuto conto delle diverse situazioni, [...] sarà cura dei Vescovi suggerire ai parroci di “orientare” i fedeli a una presenza ben distribuita, ricordando la ricchezza della liturgia per il Natale che offre diverse possibilità: *Messa vespertina nella vigilia, nella notte, dell’aurora e del giorno*». In questo modo, si individuerà correttamente nella maggiore frequenza delle messe una misura in grado di ridurre l’affollamento e evitare pericolosi assembramenti, secondo un criterio di evidente utilità pratica che aveva orientato le scelte di qualche Stato anche nella prima fase della pandemia²². Quanto all’orario della Messa notturna di Natale – che aveva maggiormente suscitato interesse nelle discussioni collaterali a quelle riguardanti le misure che il Governo andava preparando in vista delle festività di fine anno e confluite nel D.L. 2 dicembre 2020, n. 158 e nel d.p.c.m. del giorno successivo – si preciserà, allineandosi ai *desiderata* governativi, che è «necessario prevedere l’inizio e la durata della celebrazione in un orario compatibile con il cosiddetto “coprifuoco”»²³. In sostanza, bisognerà fare in modo che le celebrazioni terminino in un orario compatibile col rientro in casa dei partecipanti entro le ore 22,00.

4. *Uno sguardo Oltreoceano: l’[Order](#) del Governatore Cuomo e l’orientamento favorevole ad ammettere la costituzionalità delle restrizioni per le celebrazioni religiose ivi previste*

Particolarmente interessante appare, a questo punto, riassumere gli ultimi sviluppi riguardanti l’ammissibilità delle restrizioni concernenti la libertà di culto in tempo di pandemia che si sono avuti negli Stati Uniti d’America. Oltreoceano, la questione è stata, sin da subito, e in numerose occasioni, passata al vaglio dei giudici, che hanno dato vita a una netta contrapposizione di orientamenti a livello di corti inferiori, con prevalenza però di decisioni contrarie ad accogliere le richieste dei gruppi confessionali²⁴. Quella contrapposizione è ora riprodotta all’interno della stessa giurisprudenza della

¹⁹ *Ibidem*, 2.

²⁰ «*In case of religious ceremonies, consider avoiding large services or using online, TV or radio broadcasts, allocating specific spots for close families (“household bubbles”) to sit together, and banning of communal singing. The use of masks is particularly relevant during these types of gatherings*» (*ibidem*, 5).

²¹ Si veda CEI, *Consiglio Permanente del 1° dicembre: il Comunicato finale*, 2 dicembre 2020, in [Chiesa cattolica italiana](#).

²² *Ibidem*. La misura dell’aumento della frequenza delle celebrazioni era stata adottata in Polonia nella prima fase della pandemia: cfr. D. TARANTINO, “*Non in pane solo vivet homo*”. *I cattolici di fronte al Covid-19*, in *DiReSom*, 21 marzo 2020, 5, nota 13, del *paper*.

²³ CEI, *Consiglio Permanente del 1° dicembre: il Comunicato finale*, cit.

²⁴ Una ampia indicazione di questi precedenti si rinviene nell’[Amicus brief, 2nd Circuit, N.Y., Agudath Israel of America v. Cuomo](#), 22 ottobre 2020 (Case 20-3572) (), 15-20 ss. Alcune Corti federali, anche dopo *South Bay*, avevano

Corte Suprema, da ultimo pronunciatasi il 25 novembre scorso²⁵, dopo il primo intervento del 29 maggio²⁶ e di quello del successivo 24 luglio²⁷.

Lo schema è quello già noto. Alcuni *Executive Order* emanati dai governatori, ai quali principalmente, sulla base della ripartizione di competenze tra livello statale e livello federale esistente in America²⁸, spetta intervenire per il contenimento del contagio e la tutela della salute pubblica, contengono particolari restrizioni riguardanti le celebrazioni religiose, che si sospetta possano essere incostituzionali, in quanto contrastanti con la *Free Exercise Clause* del Primo Emendamento²⁹.

Nel caso della pronuncia dello scorso 25 novembre, oggetto di censura è l'[Ordine esecutivo n. 202.68 emanato, di fronte a una impennata dei casi di contagio, dal Governatore dello Stato di New York il 6 ottobre 2020](#)³⁰, col quale, oltre alla proroga delle precedenti misure di mitigazione, veniva introdotta la differenziazione in diverse aree di rischio del territorio dello Stato, con la distinzione tra zone rosse (quelle a più alto rischio), zone arancione (a rischio moderato) e gialle (qualificate a rischio in via precauzionale), adattando di volta in volta la severità delle restrizioni.

Nelle zone rosse, non è ammessa nessuna riunione di persone non avente carattere essenziale; tutte le imprese non essenziali ridurranno la forza lavoro di persona del 100%; per i ristoranti è consentita solo l'attività di asporto o di consegna a domicilio; l'attività scolastica in presenza è sospesa; *gli edifici di culto sono soggetti a un limite di capacità risultante dal valore più basso tra il 25% della capienza massima e il tetto di 10 persone*³¹. Nelle zone arancione, sono ammesse le riunioni anche non essenziali ma solo con la partecipazione massima di 10 persone; solo alcune imprese non essenziali, per le quali esiste un rischio maggiore associato alla trasmissione del virus, ridurranno la forza lavoro di persona del 100%; i ristoranti possono anche offrire servizi all'aperto (col limite di 4 persone a gruppo); l'attività scolastica in presenza è sospesa; *gli edifici di culto sono soggetti a un limite di capacità risultante dal valore più basso tra il 33% della capienza massima e il tetto di 25*

concesso i provvedimenti ingiuntivi richiesti dai gruppi religiosi: cfr. *Northern District Court of New York*, 26 giugno 2020, *Soos v. Cuomo*, n. 1:20-cv-651, 2020 WL 3488742; *Second Circuit Court of Appeal*, 30 luglio 2020, nn. 20-2414, 20-2418; *District Court for the District of Colorado*, 15 ottobre 2020, *Denver Bible Church v. Azar*, n. 1:20-cv-2362, 2020 WL 6128994; *United States Court of Appeals for the Tenth Circuit*, 16 ottobre 2020, n. 20-1377.

²⁵ *Supreme Court of the United States*, [Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York](#), 592 U. S. 2020).

²⁶ *Supreme Court of the United States*, [South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.](#), 590 U. S. 2020).

Relativamente a come la pandemia ha impattato sull'esercizio della libertà religiosa in USA, cfr., nella dottrina italiana, A. MADERA, *Some preliminary remarks on the impact of COVID-19 on the exercise of religious freedom in the United States and Italy*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 16, 2020, 70 ss. e, in quella americana, gli Atti dell'incontro virtuale tenutosi il 2 ottobre scorso su [Law, Religion, and Coronavirus: A Six-Month Assessment](#). Con più specifico riguardo alla pronuncia della Corte, cfr. C. GRAZIANI, [Libertà di culto e pandemia \(Covid-19\): la Corte Suprema degli Stati Uniti divisa](#), in questa [Rivista](#), retro, 357 ss.; A. LICASTRO, *Normativa anti Covid vs. Free Exercise Clause nella giurisprudenza della Corte Suprema USA: un ritorno alla dottrina della "neutralità" nell'interpretazione dei principi costituzionali in materia religiosa?*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 15, 2020, 34 ss.

²⁷ *Supreme Court of the United States*, [Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak, Governor of Nevada, et al.](#), 591 U. S. 2020). Oggetto di censura in questo caso è stato il provvedimento che limitava i servizi di culto in presenza al tetto massimo (e fisso) di 50 persone, a differenza di altre attività (fra cui quelle dei casinò) per i quali era consentito l'accesso dell'utenza fino al 50% della capienza delle strutture.

²⁸ Cfr. C. GRAZIANI, [Libertà di culto e pandemia \(Covid-19\)](#), cit., 358 ss.

²⁹ Si tratta di una delle due clausole concernenti la materia ecclesiastica contenute nel Primo Emendamento della Costituzione americana, il cui primo inciso stabilisce che «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof». Il principio trova applicazione anche nei confronti degli Stati in forza del successivo XIV Emendamento: *Supreme Court of the United States*, [Cantwell v. Connecticut](#), 310 U.S. 296, 303 (1940).

³⁰ Executive Order, [Continuing Temporary Suspension and Modification of Laws Relating to the Disaster Emergency](#).

³¹ «[H]ouses of worship shall be subject to a capacity limit of 25% of maximum occupancy or 10 people, whichever is fewer».

persone³². Nelle zone gialle, le riunioni non essenziali devono essere limitate a non più di 25 persone; ai tavoli dei ristoranti non sono ammessi gruppi di più di 4 persone; sebbene le scuole siano aperte, si procede a *test* obbligatori per gli studenti e il personale scolastico; *gli edifici di culto sono soggetti al limite del 50% della loro capienza massima e si attengono alle indicazioni del Dipartimento della Salute*³³.

Nei confronti di tali prescrizioni, ritenute eccessivamente restrittive della libertà di culto e discriminatorie, la [Roman Catholic Diocese of Brooklyn](#)³⁴ e [Agudath Israel of America](#)³⁵, chiederanno alla Corte distrettuale un provvedimento ingiuntivo (*preliminary injunction*) al fine di ottenere la sospensione delle restrizioni previste per la zona rossa e arancione. Ma la Corte distrettuale non concederà la misura cautelare richiesta³⁶.

La particolarità della vicenda sta nel fatto che, come pubblicamente dichiarato dallo stesso Cuomo, l'[Order](#) aveva proprio di mira un focolaio localizzato prevalentemente in alcune aree a forte concentrazione di ebrei ultra-ortodossi, con le loro sinagoghe, nel cuore di Brooklyn. Il che aveva richiesto di intervenire con restrizioni particolarmente pesanti proprio per le celebrazioni nei luoghi di culto, ma inevitabilmente aveva anche accresciuto i dubbi circa la compatibilità delle misure con la *Free Exercise Clause*. Peraltro, secondo la Corte distrettuale, «[t]he evidence shows that Governor Cuomo is clearly aware and concerned that EO 202.68 burdens religious practice, and particularly the religious practice of Orthodox Jews, but awareness that the burden of a law falls unequally does not establish that the law was designed to target religious groups»³⁷. Insomma, per la Corte è decisivo il fatto che «the State's policy is guided by science, not a desire to target religious practice»³⁸. A rigore, poi, se si opera una comparazione tra il trattamento riservato alle attività che si svolgono all'interno dei luoghi di culto e quello riservato alle attività secolari ritenute assimilabili alle prime sulla base dei criteri individuati dalla Corte Suprema in [South Bay United Pentecostal Church](#), risulta che le riunioni religiose, per quanto soggette a forti restrizioni, finiscono con l'essere trattate più favorevolmente³⁹.

Analogamente, in [Agudath Israel of America et al. v. Cuomo](#), oltre all'asserito intento del Governatore di prendere di mira in modo selettivo una determinata comunità religiosa, con misure esplicitamente discriminatorie e draconiane, si lamenta, in particolare, la circostanza che esse avrebbero reso impossibile agli ebrei ortodossi residenti nelle zone colpite di osservare tre importanti festività ebraiche che sarebbero iniziate il 9 ottobre e si sarebbero protratte fino all'11 dello stesso mese⁴⁰.

Ma, sulla scorta di [Jacobson](#)⁴¹, la Corte non dubita che le limitazioni siano legittime, in quanto non prive di un "rapporto reale o sostanziale" con la tutela della salute pubblica⁴²; l'[Order](#) è considerato un provvedimento di carattere neutrale e di applicazione generale, che non mira a colpire

³² «[H]ouses of worship shall be subject to a maximum capacity limit of the lesser of 33% of maximum occupancy or 25 people, whichever is fewer».

³³ «[H]ouses of worship shall be subject to a capacity limit of 50% of its maximum occupancy and shall adhere to Department of Health guidance».

³⁴ Fanno capo alla diocesi, quale articolazione della Chiesa cattolica, 186 parrocchie a Brooklyn e nel Queens.

³⁵ Si tratta di una organizzazione che promuove la tutela dei diritti e degli interessi della comunità ebraica ortodossa.

³⁶ [United States District Court for the Eastern District of New York](#), 16 ottobre 2020, n. 1:20-cv-4844, 2020 WL 6120167, [Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo](#); Id., 9 ottobre 2020, n. 1:20-cv-04834, [Agudath Israel of America et al. v. Cuomo](#).

³⁷ [United States District Court for the Eastern District of New York](#), 16 ottobre 2020, n. 1:20-cv-4844, cit., par. 20.

³⁸ *Ibidem*, par. 21.

³⁹ «In red zones, schools, restaurants, and non-essential businesses are closed entirely, while religious gatherings are permitted with significant capacity limitations. In orange zones, houses of worship are afforded more leeway than schools, restaurants, and high-risk businesses—many of which share salient public health characteristics with religious services»:
ibidem, par. 19.

⁴⁰ [United States District Court for the Eastern District of New York](#), 9 ottobre 2020, n. 1:20-cv-04834, cit.

⁴¹ *Supreme Court of the United States*, [Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts](#), 197 U.S. 11 ss. (1905).

⁴² [United States District Court for the Eastern District of New York](#), 9 ottobre 2020, n. 1:20-cv-04834, cit. («these regulations have a very real and substantial relation to protecting the public health»).

né i riti religiosi di per sé, né la religione stessa, avendo piuttosto riguardo alla natura della pubblica riunione limitata o sospesa⁴³; come la Corte Suprema aveva chiarito in [South Bay United Pentecostal Church](#), il tipo di riunione da assumere come termine di comparazione per stabilire se le celebrazioni religiose sono oggetto di discriminazione è quello in cui numerose persone stanno vicino per un lungo periodo di tempo e, in questi casi, le restrizioni, sulla base dell'[Order](#), sono ancora più pesanti⁴⁴; non c'è, infine, alcuna prova che l'intento perseguito dal Governatore sia stato quello di contrastare le pratiche religiose della Comunità ebraica ortodossa⁴⁵.

Respinta la richiesta di *preliminary injunction*, le parti proveranno a richiedere, senza successo, la sospensione dell'ordinanza del tribunale distrettuale in attesa di appello (*administrative stay*). Anche la Corte d'appello del secondo circuito, dinnanzi alla quale verrà proposta una ulteriore richiesta di provvedimento ingiuntivo d'urgenza in pendenza di giudizio (*emergency injunction pending appeal*), respingerà la domanda degli attori, fissando al 18 dicembre l'esame del merito⁴⁶. Sarà l'opinione dissenziente redatta dal giudice del Circuito Park a offrire una diversa (se non del tutto opposta) chiave di lettura della vicenda, sulla quale poi si allineerà la Corte Suprema: a differenza di quanto sostenuto dalla maggioranza del collegio, viene ribadito il carattere *non neutrale* del provvedimento (confermato dalle stesse pubbliche esternazioni del Governatore), in quanto le restrizioni cui sono sottoposti gli edifici di culto sono del tutto particolari e specifiche, o perché più vantaggiose rispetto a situazioni comparabili o perché non previste per altre attività ancora, inquadrare, in quelle zone, fra quelle «essenziali»; tutto questo impone di valutarne l'ammissibilità alla luce di uno *scrutinio rigoroso*, che non consente di ritenere ammissibile una misura restrittiva *non proporzionata* alla effettiva capienza delle strutture, gravando allo stesso modo, per come concepita dall'[Order](#), ad esempio, su di un edificio avente mille o quaranta posti. Secondo il giudice Park non è neppure corretto rifarsi al precedente della Corte Suprema di [South Bay United Pentecostal Church](#), sia per ragioni di carattere strettamente processuale (non essendo identici i requisiti dei provvedimenti cautelari richiesti nei due casi), sia perché la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in una situazione epidemica notevolmente diversa, caratterizzata, ad aprile, da un andamento del contagio e dei decessi molto più grave di quello di novembre⁴⁷.

Alle parti interessate non resterà altra possibilità che presentare la richiesta di provvedimento ingiuntivo alla Corte Suprema da cui sarà finalmente accolta.

5. (segue) *La svolta della Corte Suprema USA nella sua nuova composizione a netta maggioranza conservatrice*

La Corte Suprema si pronuncerà nella sua nuova composizione a netta maggioranza conservatrice. La nomina da parte del presidente Trump della giudice Amy Coney Barrett (confermata dal Senato il 26 ottobre), in sostituzione della giudice progressista Ruth Bader Ginsburg, ha, infatti, consolidato l'orientamento in senso conservatore della Corte, già risultante dalla precedente composizione e

⁴³ «Executive Order 202.68 is both neutral and generally applicable. There's nothing on the face of the order's text that singles out religious rituals per se, or even religion. The gravamen of the order, rather, concerns the nature of the public gathering»: *ibidem*.

⁴⁴ «The Supreme Court found that the restrictions appeared consistent with the *Free Exercise Clause of the First Amendment* and Chief Justice Roberts noted that “similar or more severe restrictions apply to comparable secular gathers, including lectures, concerts, movie showings, spectator sports, and theatrical performances, where large groups of people gather in close proximity for extended periods of time”. The same holds true under the circumstances presented to the Court»: *ibidem*.

⁴⁵ «There is no evidence that these comments reflect an animus for those Orthodox Jewish communities or deliberate imposition of a requirement directed at thwarting the religious practices of the Orthodox Jewish community»: *ibidem*.

⁴⁶ [United States Court of Appeals for the Second Circuit](#), 9 novembre 2020, n. 20-3572-cv; 20-3590-cv ().

⁴⁷ [United States Court of Appeals for the Second Circuit](#), 9 novembre 2020, n. 20-3572-cv; 20-3590-cv., cit. (Opinione dissenziente del giudice del circuito Park).

dall'estrazione del suo stesso presidente, il quale, peraltro, pur interpretando anche in senso molto "prudenziale"⁴⁸ e rispettoso del principio della separazione dei poteri il ruolo di giudice della costituzionalità delle leggi, non ha rinunciato a schierarsi su temi eticamente sensibili con l'ala progressista, come è recentemente accaduto a proposito della estensione delle garanzie previste in ambito lavorativo contro la discriminazione sessuale ai casi di discriminazione di omosessuali o transessuali⁴⁹ e della vicenda riguardante la legge della Louisiana sostanzialmente restrittiva della pratica dell'aborto⁵⁰.

L'*opinion* di maggioranza si dissocia, anzitutto, in qualche modo, dalle affermazioni del giudice del Circuito Park che più esplicitamente avevano stigmatizzato l'asserito intento del Governatore di prendere di mira ("bersagliare") una determinata comunità religiosa con misure restrittive della libertà di culto, ma al tempo stesso esclude che esse, anche solo oggettivamente riguardate, possano considerarsi neutrali, «because they single out houses of worship for especially harsh treatment»⁵¹. A un esito di questo tipo si giunge sia comparando il trattamento riservato agli edifici di culto con quello fatto ad attività qualificate dalla normativa emergenziale come «essenziali» (fra le quali risultano ricomprese attività non certo indispensabili e improcrastinabili dal punto di vista del soddisfacimento di bisogni basilari dell'individuo, come ad esempio nel caso dei campeggi), sia con quello fatto (nelle zone arancione) ad alcune attività «non essenziali»⁵².

In quanto ritenute non neutrali, sulla scorta di *Lukumi*⁵³, le misure devono rispettare *standard* di controllo particolarmente rigorosi (*strict scrutiny*). Ma le restrizioni imposte non supererebbero questo *test*, vuoi perché caratterizzate da una severità ben maggiore di quella propria dei provvedimenti già sottoposti all'esame della Corte in *South Bay* e in *Calvary Chapel* – nonostante manchi qualsiasi evidenza che l'attività di culto, nelle zone considerate, abbia concretamente contribuito alla diffusione dei contagi – vuoi perché non tarate sulla effettiva capienza della chiesa o della sinagoga⁵⁴. Nel caso dei locali con capienza più ampia, «[i]t is hard to believe that admitting more than 10 people to a 1,000-seat church or 400-seat synagogue would create a more serious health risk than the many other activities that the State allows»⁵⁵.

Da segnalare come la Corte si pronunci molto chiaramente nel senso di ritenere non del tutto equiparabile l'alternativa della fruizione da remoto dei servizi di culto, osservando che «such remote viewing is not the same as personal attendance» dal momento che «Catholics who watch a Mass at home cannot receive communion, and there are important religious traditions in the Orthodox Jewish faith that require personal attendance»⁵⁶. È appena il caso di osservare che in Italia, la giurisprudenza amministrativa aveva, nella prima fase della crisi sanitaria, liquidato rapidamente la questione, sostenendo il carattere pienamente compensativo delle limitazioni gravanti sulla libertà di culto della

⁴⁸ Cfr. K.E. WHITTINGTON, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, in *Notre Dame Law Review*, n. 5, 2014.

⁴⁹ *Supreme Court of the United States*, *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 580 U.S. (2020) ().

⁵⁰ *Supreme Court of the United States*, *June Medical Services L. L. C. et al. v. Russo, Interim Secretary, Louisiana Department of Health and Hospitals*, 591 U.S. (2020) ().

⁵¹ *Supreme Court of the United States*, *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit., 2 s.

⁵² *Ibidem*, 3.

⁵³ *Supreme Court of the United States*, *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 546 (1993).

⁵⁴ *Supreme Court of the United States*, *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit., 4.

⁵⁵ *Ibidem*, 5.

⁵⁶ *Ibidem*, 5. I particolari precetti confessionali gravanti sugli ebrei ortodossi, i quali non possono viaggiare in auto il sabato o durante i giorni festivi, non avrebbero consentito agli interessati di porre in essere la pratica religiosa fuori dalle zone sottoposte alle restrizioni. C'è anche una questione legata alla differenza di genere: come rilevato dal giudice Gorsuch nella sua opinione concordante allegata alla pronunzia della Corte Suprema (*Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit., opinione concordante del giudice Gorsuch, 1), «[i]n the Orthodox Jewish community that limit might operate to exclude all women, considering 10 men are necessary to establish a *minyán*, or a quorum».

trasmissione in *streaming* dei riti liturgici⁵⁷. Né l'una né l'altra impostazione sembra del tutto soddisfacente, in quanto valutazioni di questo tipo dovrebbero, piuttosto, considerarsi rimesse all'esclusiva autonomia delle Confessioni⁵⁸.

L'approccio altamente deferenziale verso il potere esecutivo espresso in [South Bay United Pentecostal Church](#) si riduce ora a una semplice professione di umiltà da parte dei giudici sulla conoscenza di materie riservate agli esperti sanitari. Netta, però, la presa di distanza da ogni tentativo di sopravvalutazione del precedente di [Jacobson](#), mai citato nell'*opinion* di maggioranza⁵⁹, ribadendosi, piuttosto, che «even in a pandemic, the Constitution cannot be put away and forgotten» e che restrizioni come quelle in esame «strike at the very heart of the First Amendment's guarantee of religious liberty»⁶⁰.

Il nuovo indirizzo inaugurato dalla Corte ha già prodotto ulteriori conseguenze in questo tipo di controversie. Lo scorso 3 dicembre, la stessa Corte Suprema ha annullato l'*order* del 2 settembre della Corte per il Distretto Centrale della California che aveva respinto la richiesta di provvedimento ingiuntivo presentata da alcuni gruppi religiosi contro gli *stay-at-home order* emanati dal Governatore dello Stato e ritenuti incostituzionali in quanto discriminatori per i luoghi di culto. I Supremi Giudici hanno così sollecitato un riesame della questione da parte della Corte distrettuale alla luce delle determinazioni assunte in [Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo](#)⁶¹.

6. ... e uno Oltralpe: il transitorio revirement del Consiglio di Stato francese e la successiva conferma del precedente indirizzo

Grande sensibilità verso la tutela della libertà religiosa era pure emersa dalla prima pronuncia in materia del Consiglio di Stato francese del 18 maggio scorso⁶², secondo cui il divieto assoluto di riunioni all'interno dei luoghi di culto, introdotto dalla normativa a quel tempo emanata Oltralpe per fronteggiare la pandemia, costituisce una «violazione grave e manifestamente illegittima» di quella libertà⁶³. La decisione veniva assunta nella prima fase di avvio del «déconfinement» dopo il primo *lockdown* del marzo scorso. Ulteriori pronunzie sono intervenute nel pieno della seconda ondata che ha colpito duramente la Francia, imponendo di far fronte all'epidemia con un secondo confinamento (*reconfinement*), benché meno stringente del primo, operato con decreto del 29 ottobre scorso⁶⁴.

⁵⁷ TAR Lazio, sez. I, decr. 29 aprile 2020, n. 3453.

⁵⁸ Parla dell'importanza, per lo Stato, di «deferring, within broad limits, to decisions and judgments made within religious communities», che richiede «good faith dialogue» e «considerable deference to what the community regards as an “essential” service», W. COLE DURHAM, JR., [The Coronavirus, the Compelling State Interest in Health, and Religious Autonomy](#), in [Canopy Forum](#), 2 ottobre 2020. Cfr. pure S. J. LEVINE, [Hands-Off Religion in the Early Months of COVID-19](#), *ivi*; R. F. WILSON, [Respecting the Needs of Worshippers is Essential to Containing COVID-19](#), *ivi*; K. A. BRADY, [COVID-19 and Restrictions on Religious Institutions: Constitutional Implications](#), *ivi* («Government officials must communicate with religious leaders and give them an opportunity to provide input as decisions are made and rules are reevaluated and adjusted»); D. NEWMAN, [When the State Tells You How to Run Your Church Service: Analyzing Coronavirus Guidance Documents on Religious Services](#), *ivi*.

⁵⁹ Tra coloro che, nella dottrina americana, si mostrano scettici sulla opportunità di un controllo di costituzionalità più deferente verso le scelte del Governo anche nel corso di una pandemia devastante, C. MALA CORBIN, [Religious Liberty in a Pandemic: Constitutional Challenges to Mass Gathering Bans](#), in [Canopy Forum](#), 2 ottobre 2020,.

⁶⁰ *Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit., 5.

⁶¹ *Supreme Court of the United States, Harvest Rock Church, et al. v. Newsom, Governor of California*, 3 dicembre 2020 (order in pending case), 592 U.S. (2020) ().

⁶² *Conseil d'État, ord. 18 maggio 2020, nn. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590*.

⁶³ Rinvio alle considerazioni svolte in A. LICASTRO, [La Messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa](#), in questa *Rivista*, *retro*, 312 ss. Sulla pronuncia del Consiglio di Stato francese si veda pure A. FORNEROD, [Les édifices culturels et la liberté de culte pendant l'état d'urgence sanitaire](#), in [Revue du droit des religions](#), n. 10, 2020 (16 novembre 2020).

⁶⁴ *Décret n° 2020-1310 del 29 ottobre 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*. Per una ricostruzione sintetica delle vicende in esame, cfr. A.-L.

L'art. 47 di questo provvedimento – a differenza della soluzione prescelta, come si è visto, in Italia – ripristinerà, in sostanza, il divieto di celebrazione delle funzioni religiose in presenza, reintroducendo una disciplina molto simile a quella risultante dal decreto del Primo ministro del 23 marzo 2020, n. 2020-293. In quel caso, si era previsto che gli edifici di culto restassero aperti, col divieto di qualsiasi assembramento o riunione al loro interno (possibili solo le cerimonie funebri, entro il tetto massimo di 20 partecipanti). La sola differenza di rilievo – a parte la riproposizione di alcune misure di precauzione che erano state introdotte dopo la ripresa delle celebrazioni al termine del primo *lockdown* – è che quest'ultimo limite verrà elevato a 30 partecipanti⁶⁵. Per tenere conto della festa di Ognissanti e delle cerimonie legate alla commemorazione dei defunti, l'entrata in vigore di queste misure è stata rinviata alla data del 3 novembre 2020⁶⁶.

Ma il nuovo divieto scatenerà un grave conflitto tra lo Stato e la Chiesa cattolica. Diversi intellettuali cattolici, associazioni e vescovi contesteranno il carattere sproporzionato delle nuove misure, reclamando la ripresa delle celebrazioni religiose nelle chiese. Se di una «guerre de la messe» o di una «croisade pour la messe» si è trattato, secondo l'efficace sintesi di *Liberation*⁶⁷, essa è stata combattuta con gli stessi mezzi che avevano caratterizzato la «bataille» del mese di maggio: in quel caso, però, a proporre *recours en référé* erano state alcune associazioni religiose tradizionaliste (oltre a un partito politico e ad alcuni fedeli, ma senza l'appoggio dei vescovi), mentre ora a lamentare davanti al *Conseil d'État* una grave violazione della libertà di esercizio del culto garantita dalla legge del 1905 c'è pure, col sostegno di alcuni intellettuali cattolici, l'episcopato francese, che cercherà di sfruttare l'esito favorevole ottenuto dalla componente più tradizionalista del cattolicesimo d'Oltralpe nella precedente *querelle* giudiziaria. A mettere in ulteriore difficoltà l'Esecutivo saranno le manifestazioni organizzate in diverse città da gruppi di cattolici i quali pregheranno pubblicamente davanti alle chiese per invocare la ripresa delle celebrazioni religiose. Si proporrà, in tal modo, nuovamente, la questione della liceità di queste «prières de rue», che in più occasioni si era posta in passato a proposito di analoghe iniziative con protagonisti fedeli mussulmani non in condizione di raggiungere agevolmente una moschea dove poter pregare. È pure da considerare che le misure di confinamento hanno avuto un notevole impatto di natura economica sulle chiese, che in Francia non godono di alcun sostegno pubblico e ricavano una parte cospicua di fondi dalle donazioni raccolte durante le cerimonie religiose. Secondo alcune stime, solo la Chiesa cattolica avrebbe perso, durante il primo confinamento, 50 milioni di euro di entrate⁶⁸.

Come facilmente comprensibile, nelle ragioni ora fatte valere in giudizio si coglie l'eco delle motivazioni che avevano indotto la Suprema giurisdizione amministrativa, con l'ordinanza del 18 maggio scorso, ad accogliere le richieste dei ricorrenti. Ad esempio, nel ricorso proposto dalla Conferenza episcopale francese si sottolinea, fra l'altro, che «la plupart des activités qui demeurent autorisées ne sont pas de la même nature que celle des établissements de culte, les libertés

ZWILLING, *L'Eglise catholique, la liberté de culte et l'épidémie*, 21 novembre 2020, nonché *L'Eglise catholique, la liberté de culte et l'épidémie (suite)*, 3 dicembre 2020, in [eurel](#).

⁶⁵ «I. - Les établissements de culte, relevant de la catégorie V, sont autorisés à rester ouverts. Tout rassemblement ou réunion en leur sein est interdit à l'exception des cérémonies funéraires dans la limite de 30 personnes. / II. - Toute personne de onze ans ou plus qui accède ou demeure dans ces établissements porte un masque de protection. / L'obligation du port du masque ne fait pas obstacle à ce que celui-ci soit momentanément retiré pour l'accomplissement des rites qui le nécessitent. / III. - Le gestionnaire du lieu de culte s'assure à tout moment, et en particulier lors de l'entrée et de la sortie de l'édifice, du respect des dispositions mentionnées au présent article. / IV. - Le préfet de département peut, après mise en demeure restée sans suite, interdire l'accueil du public dans les établissements de culte si les conditions de leur organisation ainsi que les contrôles mis en place ne sont pas de nature à garantir le respect des dispositions mentionnées au présent article».

Quanto agli spostamenti per raggiungere gli edifici di culto è stato previsto che potessero avvenire in occasione degli altri spostamenti autorizzati fuori dal proprio domicilio, senza necessità di munirsi di apposita autocertificazione; l'amministrazione ha pure dato istruzioni per consentire ai fedeli di spostarsi per raggiungere l'edificio di culto più vicino, o compreso in un raggio ragionevole di distanza, barrando nell'autocertificazione la casella «motif familial impérieux».

⁶⁶ Art. 56 del Décret n° 2020-1310 del 29 ottobre 2020, cit.

⁶⁷ B. SAUVAGET, *Les évêques en croisade pour la messe*, in [Libération](#), 4 novembre 2020.

⁶⁸ Cfr. *Les cultes religieux face à l'épidémie de Covid-19 en France*, cit., 9 s.

fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes, et s'agissant de la liberté de manifester et l'enseignement, ils sont d'un niveau égal et non supérieur à la liberté de culte»⁶⁹. Si ricordi, quanto a tale ultimo rilievo, che, in questo secondo confinamento, le scuole sono rimaste aperte per la didattica in presenza.

Tuttavia, il Consiglio di Stato⁷⁰ solo in parte risponderà a questo tipo di censure. Che le misure non risultassero discriminatorie per alcun culto⁷¹ e che fossero necessarie e non sproporzionate⁷², è conclusione semplicemente tratta dalla (ovviamente) riconosciuta esigenza di intervenire per contenere un livello di crescita preoccupante («inquiétante») dell'epidemia⁷³, dalla scelta operata dall'Esecutivo di procedere con un *lockdown* meno duro del precedente, allentando i vincoli per diverse attività di pubblico interesse e rafforzandoli per le riunioni (senza, però, spiegare se questa scelta sia giustificata da ragioni legate al rischio di contagio)⁷⁴, dalla mancata applicazione o rispetto dei protocolli sanitari, nonostante essi garantirebbero, secondo le indicazioni degli esperti, lo svolgimento in sicurezza delle celebrazioni⁷⁵, dalla durata temporanea delle misure, anche in vista del fatto che «ces dispositions vont prochainement faire l'objet d'un réexamen de leur caractère adapté et proportionné, ce qui suppose l'engagement à bref délai d'une concertation avec l'ensemble des représentants des principaux cultes, destinée à préciser les conditions dans lesquelles ces restrictions pourraient évoluer»⁷⁶.

In effetti, il 16 novembre si svolgerà in videoconferenza un incontro tra il Primo ministro, affiancato dal Ministro dell'interno, e i rappresentanti dei culti, nel corso del quale si converrà che le restrizioni già fissate, riguardanti le celebrazioni religiose, sarebbero ancora rimaste in vigore, in attesa di concordare nuovi protocolli sanitari di sicurezza atti ad assicurare la ripresa dell'attività di culto allo scadere delle misure disposte dal decreto del 29 ottobre⁷⁷. Tuttavia, nell'anticipare, il 24 novembre, in un discorso rivolto ai francesi, il piano di allentamento delle misure del secondo confinamento, il Presidente della Repubblica Macron annuncerà che i servizi di culto «seront à nouveau permis dans la stricte limite de 30 personnes»⁷⁸, provocando la reazione stizzita della Conferenza episcopale francese, che lamenta la non conformità della misura annunciata alle discussioni svolte nell'incontro del 16 novembre, il suo carattere «irréaliste et inapplicable est tout à fait irrespectueuse de la réalité de la pratique religieuse des catholiques», l'importanza del «rassemblement dominical» nel periodo dell'Avvento di preparazione al Natale⁷⁹. La Chiesa cattolica aveva proposto «dans son protocole un espace de 4 mq autour de chaque fidèle et une occupation partielle de l'église au 1/3 de la capacité habituelle»⁸⁰.

Intanto, con decreto del 27 novembre 2020⁸¹, la misura annunciata da Macron diventa pienamente operativa. Non ritenendola accettabile, il Consiglio permanente della Conferenza dei vescovi di

⁶⁹ *Conseil d'État*, [ord. 7 novembre 2020, n. 445938](#).

⁷⁰ *Conseil d'État*, [ord. 7 novembre 2020, n. 445825](#) ss..

⁷¹ Era stata anche lamentata una violazione del principio di laicità e di eguaglianza «dès lors, d'une part, que l'autorité publique distingue quelle cérémonie religieuse peut avoir lieu ou non et, d'autre part, que cette interdiction instaure une situation de discrimination indirecte eu égard au préjudice plus important causé aux chrétiens catholique et orthodoxe qu'aux autres religions et aux non-croyants» (*Conseil d'État*, [ord. 7 novembre 2020, n. 445865](#)).

⁷² *Conseil d'État*, [ord. 7 novembre 2020, n. 445825](#) ss., cit., par. 21.

⁷³ *Ibidem*, par. 17.

⁷⁴ *Ibidem*, par. 18.

⁷⁵ *Ibidem*, par. 19.

⁷⁶ *Ibidem*, par. 20.

⁷⁷ Si veda il [Communiqué de presse](#) del Primo ministro del 16 novembre 2020 ().

⁷⁸ E. MACRON, [Adresse aux Français](#), 24 novembre 2020.

⁷⁹ CEF, [30 personnes par célébration: les catholiques n'ont pas été entendus](#), 24 novembre 2020.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Art. 1 del [décret n° 2020-1454 del 27 novembre 2020 modifiant le décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire](#).

Francia proporrà un ricorso contro la sua applicazione (*référé liberté*) al Consiglio di Stato, che si pronuncerà il successivo 29 novembre⁸².

Questa volta la Suprema giurisdizione amministrativa francese, dopo il transitorio *revirement* operato con la decisione del 7 novembre scorso, si pone in perfetta sintonia con la decisione dello scorso 18 maggio: non essendovi particolari situazioni di rischio legate alle cerimonie religiose che giustificassero una restrizione fissata in modo indipendente dalla superficie dei locali, il provvedimento ha «caractère disproportionné au regard de l'objectif de préservation de la santé publique et constitue ainsi, eu égard au caractère essentiel de la composante en cause de la liberté de culte, une atteinte grave et manifestement illégale à cette dernière»⁸³. Né vale fare leva, come aveva tentato il Ministero dell'interno, sulla circostanza che gli assembramenti e le riunioni sono in genere vietati e che altri locali aperti al pubblico restano chiusi, a differenza degli edifici di culto, poiché, come aveva chiarito lo stesso organo nella decisione del 18 maggio, «les activités qui y sont exercées ne sont pas de même nature et les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes»⁸⁴.

Dopo la pronuncia, in un comunicato stampa del 2 dicembre, il Ministro dell'interno chiarirà che, a seguito delle consultazioni coi rappresentanti dei culti, si è deciso di fissare un nuovo parametro capace di conciliare la libertà di esercizio del culto e le esigenze sanitarie, stabilendo che negli edifici di culto deve essere lasciata una distanza minima di due posti tra quelli occupati da ogni persona o gruppo di persone che condividono la stessa residenza e inoltre una fila su due deve essere lasciata vuota⁸⁵. E con decreto del 2 dicembre 2020 si introdurrà la corrispondente modifica alla normativa vigente⁸⁶.

Una piccola «rivincita», se si vuole, delle autorità ecclesiastiche, costrette a rivestire, nella gestione della pandemia, un ruolo davvero marginale se confrontato con quello svolto in altre epoche storiche, un ruolo cioè, come è stato scritto, di «attori secondari» rispetto alle autorità civili e ai rappresentanti del mondo scientifico⁸⁷.

7. Conclusioni

La politica, i governi e la giurisprudenza, come si è visto, sono oggi chiamati a circoscrivere una categoria nuova di diritti. La nozione di diritto «fondamentale», con tutte le sue possibili declinazioni in termini di diritto «inviolabile», «inderogabile» ecc., da sempre mette a dura prova le abilità definitorie dei cultori di diritto costituzionale (e non solo). È questione antica e sempre attuale quella

⁸² *Conseil d'État*, ord. 29 novembre 2020, nn. 446930, 446941, 446968, 446975.

⁸³ *Ibidem*, par. 18 e 20.

⁸⁴ *Ibidem*, par. 19.

⁸⁵ Ministero dell'interno, *Communiqué de presse del 2 dicembre 2020, Organisation des cérémonies religieuses durant la deuxième phase de confinement*.

⁸⁶ *Décret n° 2020-1505 del 2 dicembre 2020 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*.

⁸⁷ Sull'affermarsi di una gestione «secolarizzata» del fenomeno in atto a fronte del ruolo storico di primo piano ricoperto dalle autorità religiose nella spiegazione delle cause e nella lotta contro il propagarsi delle epidemie, cfr. *Les cultes religieux face à l'épidémie de Covid-19 en France*, cit., 21 ss.

Anche in Belgio il Consiglio di Stato, con *pronuncia dell'8 dicembre 2020, n. 249.177*, ha giudicato sproporzionate le restrizioni alle celebrazioni religiose introdotte nel Paese dal Governo, ordinando allo Stato di modificarle, almeno provvisoriamente, risultando lesivo della libertà religiosa non prevedere nemmeno la possibilità che l'esercizio collettivo del culto possa avvenire, almeno in alcuni casi, in via eccezionale e sotto determinate condizioni.

riguardante il «fondamento» dei diritti «fondamentali»⁸⁸; parimenti stimolante (e logicamente preliminare) è chiedersi «cos'è» un diritto «fondamentale»⁸⁹.

L'emergenza che stiamo attraversando ci costringe a ragionare piuttosto in termini di diritti «essenziali»⁹⁰. E ci obbligherebbe, quindi, a interrogarci su quale sia l'«essenza» dei diritti «essenziali» e, prima ancora, su «cos'è» un diritto «essenziale». Non è poi affatto detto che ci siano diritti «essenziali» buoni per tutte le stagioni della storia e dell'esistenza umana. Si potrebbe trattare di nozione eminentemente relativa, condizionata dal contesto nel quale essa è destinata ad affermarsi. Potrebbe darsi, cioè, che i diritti «essenziali» in una crisi pandemica non siano identici a quelli che l'ordinamento deve cercare di garantire in una situazione di guerra o in una catastrofe naturale. Diritti essenziali «in senso stretto» sarebbero solo quelli atti a garantire la sopravvivenza dell'individuo e della collettività; ma, fuori da una situazione di emergenza di durata molto limitata, la categoria deve necessariamente espandersi per comprendere altro. Ma cosa? Qual è il limite da porre a questa (necessaria) espansione? Non si dimentichi, poi, che, come è stato osservato, «[t]o valorize physical needs over spiritual ones may not adequately express everyone's priorities»⁹¹; o che «it is often precisely in times of emergency that religion is most essential»⁹².

Le soluzioni adottate dalle legislazioni di emergenza approvate dai diversi ordinamenti non offrono sicuri e univoci parametri di riferimento, anche perché necessariamente da valutare alla luce del contesto in cui esse si inscrivono. Così, un dibattito come quello, particolarmente vivo negli Stati Uniti, sul carattere essenziale o no della vendita delle armi ai privati cittadini (da collegare, come si sa, alla specifica garanzia costituzionale del Secondo Emendamento), è lontanissimo dalle nostre sensibilità, dai nostri valori e interessi. Ma anche la «gerarchia» dei diritti «essenziali» emergente dalle discussioni politiche di casa nostra produce talvolta qualche esito sorprendente, quando sembra, ad esempio, elevare a vero e unico diritto assolutamente intangibile in tempo di pandemia quello riguardante l'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), pur di fronte all'esplicita possibilità, sancita dalla Carta fondamentale, che, oltre ai casi di intervento dell'autorità giudiziaria, siano disposti (con legge) accertamenti e ispezioni domiciliari «per motivi di sanità e di incolumità pubblica» (art. 14, terzo comma, Cost.).

Non so se, a conti fatti, in Italia, sarebbe stato preferibile essere riusciti ad assicurare ininterrottamente la didattica in presenza in ogni ordine e grado di scuola, piuttosto che le funzioni religiose, similmente a quanto è avvenuto, in questa seconda fase della gestione della pandemia, in Francia, prima dell'ultimo intervento del *Conseil d'État*. Posta la questione in questi termini, però, non solo si mettono impropriamente in «competizione» diritti fondamentali della persona (il diritto all'istruzione e quello alla professione della fede religiosa) assai distanti per i profili qui considerati, ma si trascura anche la diversissima incidenza, nei due casi, delle situazioni di rischio, che per la scuola coinvolge tutta una serie di attività collaterali (riguardanti, ad esempio, la mobilità degli studenti), neppure comparabili con quelle relative all'attività di culto pubblico. Non paragonabile è lo sforzo organizzativo complessivo richiesto per uno svolgimento in sicurezza dell'attività scolastica in presenza, con quello necessario per le celebrazioni liturgiche.

Verso il libero svolgimento di queste ultime, sicuramente, il nostro Governo ha manifestato, in questa seconda fase dell'emergenza sanitaria, un livello di sensibilità che pare conforme al rilievo fondamentale degli interessi in gioco, a differenza dell'impressione che si poteva ricavare da alcuni contenuti dei provvedimenti adottati per contenere gli effetti del contagio nella prima fase, più acuta, dell'epidemia. Si potrebbe dire che il Governo ha finito col considerare l'attività di culto in qualche misura «essenziale» o, comunque, particolarmente *importante*.

⁸⁸ Tra i molti, A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, in *Dir. e soc.*, n. 3, 1991, 453 ss.

⁸⁹ Di recente, si è provato a dare una risposta a tale interrogativo nel corso del Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino il 10-11 giugno 2016 e intitolato, appunto, *Che cos'è un diritto fondamentale?*.

⁹⁰ J. BLACKMAN, *What Rights Are "Essential"?*, cit., 1.

⁹¹ C. MALA CORBIN, *Religious Liberty in a Pandemic*, cit.

⁹² W. COLE DURHAM, JR., *The Coronavirus, the Compelling State Interest in Health, and Religious Autonomy*, cit.

Anche sul versante del dialogo tra autorità statali e confessionali (Chiesa cattolica e altre Confessioni religiose) si sono progressivamente aperti (o sono andati ulteriormente ampliandosi e consolidandosi) gli spazi per il confronto e per la ricerca di soluzioni condivise, che nella prima fase dell'emergenza, se non erano mancati, erano rimasti, per così dire, "sotto traccia", non avevano cioè ricevuto quel grado di "visibilità" che l'importanza della materia avrebbe certamente meritato.

Il conflitto (mai caratterizzato da toni particolarmente accesi) tra misure di mitigazione del contagio e regole liturgiche riguardanti la Messa della notte di Natale (il suo orario) si è composto nel modo più ragionevole e indolore possibile, con il pieno coinvolgimento delle autorità confessionali e con un sacrificio davvero minimo per la libertà della Chiesa di organizzare liberamente il pubblico esercizio del culto durante le celebrazioni natalizie.

Quanto ai fatti avvenuti Oltreoceano, si è detto che la decisione della Corte Suprema segni un «cambio di rotta», rappresenti una «scelta di forte discontinuità» rispetto alle precedenti, aggiungendo che la «sostituzione della compianta Justice Ginsburg con Justice Barrett è stata determinante su questo tema»⁹³. Nessun dubbio sul fatto che ci si trovi di fronte a una decisione di svolta rispetto ai precedenti del mese di maggio e luglio scorsi. Proverò, tuttavia, a chiarire, per un verso, perché, a mio avviso, il contenuto della decisione solo in parte sia da attribuire alla mutata composizione del Collegio e, per altro verso, come, deviando dal solco tracciato dalla dottrina della "neutralità" nella lettura delle clausole costituzionali in materia religiosa, la Corte si rifaccia a un approccio ben consolidato, tendente a valorizzare una «tutela espansiva della libertà religiosa»⁹⁴, che aveva trovato espressione in numerose altre occasioni⁹⁵.

Appare, sotto il primo aspetto, significativa la circostanza che l'opinione dissenziente del presidente Roberts contesti la concessione del provvedimento cautelare richiesto *soltanto per motivi legati al venir meno delle ragioni d'urgenza* che avrebbero dovuto giustificarla. Infatti, col mutare del livello di rischio in pendenza della decisione, le misure disposte dall'*Order* non sono state più applicate. Ciononostante, la maggioranza dei giudici riterrà doveroso concedere il provvedimento ingiuntivo, per prevenire l'eventualità che, a seguito di una rivalutazione dello scenario epidemiologico che portasse a ripristinare le precedenti misure, le parti richiedenti dovessero nuovamente esporsi al rischio di subire illegittime restrizioni nella loro libertà nelle more di un nuovo intervento della Corte⁹⁶. Non solo. Lo stesso presidente Roberts aggiungerà che «[n]umerical capacity limits of 10 and 25 people, depending on the applicable zone, do seem unduly restrictive. And it may well be that such restrictions violate the Free Exercise Clause»⁹⁷, ribadendo più avanti che «the challenged restrictions raise serious concerns under the Constitution»⁹⁸. Infine, egli, in polemica col giudice Gorsuch, finirà col ridimensionare il senso del richiamo da lui stesso operato in *South Bay* al precedente di *Jacobson*, ampiamente ma a sproposito utilizzato dalle Corti federali nelle vertenze legate al coronavirus, ricordando che esso era servito solo a ribadire che «[o]ur Constitution principally entrusts '[t]he safety and the health of the people' to the politically accountable officials of the States 'to guard and protect.'»⁹⁹.

⁹³ Così M. M. PORCELLUZZI, *Senza celebrazioni non si può vivere: la libertà religiosa in tempo di covid-19 e la Corte suprema americana*, in *Diritti Comparati* (3 dicembre 2020), 4.

⁹⁴ Così A. MADERA, *More than a playground dispute: il caso Trinity Lutheran Church v. Pauley e le nuove traiettorie interpretative dell'Establishment Clause*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 23 del 2017, 23.

⁹⁵ Per gli opportuni riferimenti, mi sia consentito rinviare a A. LICASTRO, *Normativa anti Covid vs. Free Exercise Clause nella giurisprudenza della Corte Suprema USA*, cit., 60 ss.

⁹⁶ *Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit., 6 s.

⁹⁷ *Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit. (Opinione dissenziente del presidente Roberts), 1.

⁹⁸ *Ibidem*, 2.

⁹⁹ *Ibidem*, 2 s. Sul punto specifico, cfr. J. BLACKMAN, *What Rights Are "Essential"?*, cit., 51, che rileva come «[t]his statement did not suggest that *Jacobson* modifies the Court's First Amendment framework. Far from it. Chief Justice Roberts merely wrote that the Constitution entrusts the states, and not the courts, with the primary responsibility to protect the safety and welfare of the people».

Sotto il secondo profilo, la netta posizione di favore verso la tutela della libertà religiosa, che era mancata in *South Bay* (come in [Calvary Chapel](#)) e che ora emerge chiaramente dalla pronuncia del novembre scorso, tocca il punto forse più delicato di tutte le legislazioni emergenziali.

Restando nell'ambito dell'impostazione seguita dalla giurisprudenza americana, la Corte sembra ora volerci dire che le celebrazioni religiose, in quanto ricomprese nel «cuore» della *Free Exercise Clause*, hanno una *pregevolezza intrinseca* (o, se si vuole, rispondono a bisogni basilari, essenziali, dell'individuo) che le rende *meritevoli di una tutela* (sicuramente non deteriore¹⁰⁰, ma anche) *più intensa* rispetto ad altre attività secolari e *non strettamente correlata*, pertanto, *al solo dato dei livelli di rischio* ad esse connessi. Eloquentemente la comparazione compiuta dalla Corte che mette su uno stesso piano attività non assimilabili alle celebrazioni religiose dal punto di vista delle loro caratteristiche strutturali (come l'agopuntura, i campeggi o le officine). Mentre in *South Bay* si era insistito proprio sul criterio del rischio – sforzandosi di individuare il *corretto termine di comparazione* che avrebbe reso compatibile con la Costituzione la misura restrittiva gravante allo stesso modo (e dunque *in modo neutrale*) sulle riunioni religiose, considerate sostanzialmente come «non essenziali»¹⁰¹, e le attività secolari similari – ora è *l'attività religiosa che sembra essere considerata in certa misura come «essenziale»*, nel senso che debba ritenersi gravante sull'amministrazione pubblica, nella introduzione delle misure restrittive, l'onere di procedere con una cautela maggiore rispetto a quella necessaria sia per attività dissimili (e magari discutibilmente considerate come «essenziali»), sia per attività strutturalmente comparabili (come la frequentazione dei cinema o dei teatri) ma non circondate di identiche garanzie al livello della Costituzione, *almeno nel caso in cui altre attività, anch'esse comparabili dal punto di vista dei livelli di rischio, godano di un trattamento più favorevole*¹⁰². Ne deriva che, a parità di rischio, scatta nei confronti dell'attività religiosa il trattamento *più favorevole* eventualmente riservato ad altre attività comparabili, a differenza di quello previsto per altre attività ancora, anch'esse comparabili, ma prive delle medesime garanzie costituzionali previste per la libertà religiosa.

È da escludere, del resto, che le autorità si limitino a compiere valutazioni comparative esclusivamente basate sui livelli di rischio. Si guarda, piuttosto, anche all'*utilità intrinseca* delle attività, al loro carattere *improcrastinabile*, ma anche alla possibilità che certe attività *non possano essere sostituite* da altre, sostanzialmente equivalenti. In fondo è questo che consente di distinguere le attività *essenziali* dalle altre.

¹⁰⁰ Cfr. *Supreme Court of the United States, Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak, Governor of Nevada, et al.*, cit. (Opinione dissenziente del giudice Kavanaugh), 591 U. S. (2020) (), 2 («To be clear, a State's closing or reopening plan may subject religious organizations to the *same* limits as secular organizations. [...]. But a State may not impose strict limits on places of worship and looser limits on restaurants, bars, casinos, and gyms, at least without sufficient justification for the differential treatment of religion»). Cfr. anche *ibidem*, 7. Si veda pure *Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit. (Opinione concordante del giudice Gorsuch), 1: «At a minimum», il Primo Emendamento «prohibits government officials from treating religious exercises worse than comparable secular activities».

¹⁰¹ Cfr. J. BLACKMAN, *What Rights Are "Essential"?*, cit., 6 e 54, secondo cui «[u]nder the *South Bay* approach, the state can presumptively define the free exercise of religion as "non-essential" unless the challenger can rebut that presumption».

¹⁰² In questo senso, cfr. già *Supreme Court of the United States, Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak, Governor of Nevada, et al.* (Opinione dissenziente del giudice Kavanaugh), cit., 5 ss. («no precedent suggests that a State may discriminate against religion simply because a religious organization does not generate the economic benefits that a restaurant, bar, casino, or gym might provide. Nevada's rules reflect an implicit judgment that for-profit assemblies are important and religious gatherings are less so; that moneymaking is more important than faith during the pandemic»), *ibidem*, 9. Sulla base dell'impostazione seguita dal giudice Kavanaugh, in pratica «the free exercise of religion is presumptively "essential," unless the state can rebut that presumption»: J. BLACKMAN, *What Rights Are "Essential"?*, cit., 6 e 54 s. Cfr., ora, *Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit. (Opinione concordante del giudice Kavanaugh), 3.

Ora, non vi è dubbio che, *in tempi normali*, questo tipo di valutazioni, se aventi ad oggetto la sfera religiosa, sono palesemente incostituzionali¹⁰³. Si è ovviamente liberi di pensare e sostenere che l'attività di carattere religioso o di culto è meno utile (o del tutto inutile) rispetto alle attività «essenziali»: ma, se si guarda ad esempio alla Costituzione americana, «[t]hat is exactly the kind of discrimination the First Amendment forbids»¹⁰⁴. In una *situazione di crisi sanitaria eccezionale*, questi parametri possono mutare, ma non dovrebbero saltare del tutto: restano fermi i limiti di *ragionevolezza* e di *proporzionalità*. E bisogna, quindi, vigilare sugli interventi dei governi, in quanto potrebbe essere sin troppo facile limitare la libertà religiosa in nome delle esigenze della salute pubblica¹⁰⁵.

In una logica di *stretta neutralità*, i luoghi di culto dovrebbero essere trattati allo stesso modo delle sedi di attività secolari comparabili *quanto al livello di rischio* calcolato sulla base delle modalità di diffusione del contagio. Come segnalato dagli esperti, pongono particolari problemi sotto tale aspetto tutti quei luoghi dove «large groups of people gathering, speaking, and singing in close proximity indoors for extended periods of time»¹⁰⁶. Il corretto termine di comparazione, ai fini della individuazione di un eventuale trattamento discriminatorio, non sono, dunque, né i negozi di liquori o di riparazione di biciclette¹⁰⁷ né i negozi di generi alimentari o di animali domestici¹⁰⁸, quanto piuttosto i teatri o le sale da concerto. Ma questa comparazione riguarda solo il livello di rischio. La suddetta similitudine strutturale, per così dire, non impone necessariamente un identico trattamento (nel senso che le strutture suddette devono per forza restare o entrambe chiuse o entrambe aperte), dal momento che, per riprendere le parole usate dal Consiglio di Stato francese, le libertà che vengono in gioco nei due casi *non sono le medesime*.

Come si vede, il livello di rischio è un parametro da prendere in considerazione ma certo non il solo. Nel confronto fra una attività non essenziale, ma a basso livello di rischio, e una essenziale avente un livello di rischio più elevato, è del tutto legittimo sospendere totalmente la prima e assicurare la continuità della seconda¹⁰⁹. E, fuori dai casi di attività essenziali, nel senso di veramente improcrastinabili per la salvaguardia di bisogni vitali dell'individuo e della collettività, l'*utilità* o l'*importanza* di altre attività, da cogliere sulla base degli indici ricavabili dall'ordinamento e in primo luogo dalla Legge fondamentale, può diventare un fattore determinante nella definizione delle eventuali misure restrittive a tutela della salute individuale e collettiva.

È giusto quanto il giudice Sotomayor, nella sua opinione dissenziente, osserva a proposito della neutralità della misura del governatore Cuomo: essa non è certamente tale, ma «that is because the

¹⁰³ Cfr. C. LUND, *Quarantines, Religious Groups, and Some Questions About Equality*, in *Canopy Forum*, 2 ottobre 2020 (<https://canopyforum.org/2020/10/02/quarantines-religious-groups-and-some-questions-about-equality/>) («First, quarantine schemes require judgments about the value of religious exercise - which is uncomfortable in a system like ours, which tries to keep the government out of such questions»).

¹⁰⁴ *Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit., (Opinione concordante del giudice Gorsuch), 2 (corsivo presente nell'originale).

¹⁰⁵ J. B. HAMMOND e M. J. DEBOER, *Conflicts Between Religious Liberty and the New Public Health* in *Canopy Forum*, 2 ottobre 2020 (<https://canopyforum.org/2020/10/02/conflicts-between-religious-liberty-and-the-new-public-health/>) («We must remain attentive to government interventions, even when they are in the name of public health, for the encroachment of public health activities on religious liberty may be too easily established, too readily justified, and too enduringly tolerated»). Per converso, si segnala che «[t]he pandemic has exacerbated concerns about the “exceptionalism” of religion» (relativamente all'impatto della pandemia sul finanziamento dei gruppi religiosi): A. MADERA, *The Impact of Coronavirus on Public Funding of Religious Organizations*, *ivi*, (<https://canopyforum.org/2020/10/02/the-impact-of-coronavirus-on-public-funding-of-religious-organizations/>).

¹⁰⁶ *Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit. (Opinione dissenziente del giudice Sotomayor), 2.

¹⁰⁷ Nel senso criticato, invece, *Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit. (Opinione concordante del giudice Gorsuch), 7.

¹⁰⁸ ... evocati, insieme con i centri commerciali (*big-box store*), da *Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit. (Opinione concordante del giudice Kavanaugh), 2.

¹⁰⁹ Cfr. C. LUND, *Quarantines, Religious Groups, and Some Questions About Equality*, cit. («The more something is worth, the more risk we are willing to accept»).

policy singles out religious institutions for preferential treatment in comparison to secular gatherings, not because it discriminates against them»¹¹⁰. Se si riconosce, però, che una scelta di questo tipo ha fondamento costituzionale, in particolare non è lesiva della *Establishment Clause*¹¹¹ spesso in tensione, nello stesso Primo Emendamento, con la *Free Exercise Clause*, resta l'irragionevolezza di un limite fissato in modo del tutto indipendente dalla capienza della struttura, a prescindere dal carattere più o meno rigoroso del controllo cui la medesima scelta può essere sottoposta.

Dalla diversa prospettiva della laicità francese, un trattamento differenziato dei limiti posti a forme di assembramenti strutturalmente comparabili, come quelli all'interno di un cinema, un teatro e un luogo di culto, potrebbe porre problemi di compatibilità coi principi di neutralità e laicità dello Stato¹¹². Ma sappiamo che la Suprema giurisdizione amministrativa francese è stata di diverso avviso, ribadendo la particolare rilevanza della libertà religiosa come diritto fondamentale dell'uomo.

È corretto sostenere che le misure di contenimento del virus incidenti sulle celebrazioni religiose non debbono essere valutate per la loro incidenza su un asserito «*besoin vital*» dell'individuo, dipendente da convinzioni fideistiche o da visioni di carattere antropologico; la questione è, piuttosto, da valutare nei diversi termini della imposizione di eventuali indebite restrizioni da esse apportate a una *libertà fondamentale*. Ma anche da questo punto di vista, non può prescindersi da «un *raisonnement juridique fondé sur la notion de proportionnalité*» che permette di apprezzarne «la *légalité ou la constitutionnalité*»¹¹³.

¹¹⁰ *Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, cit. (Opinione dissenziente del giudice Sotomayor), 3 s.

¹¹¹ ... la quale, a rigore, «mandates governmental neutrality between religion and religion, and between religion and nonreligion»: *Supreme Court of the United States, Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 e 104 (1968).

¹¹² C. KINTZLER, *L'Église catholique et la pandémie, revendication d'exception et surenchère encombrante*, in *Mezetulle*, 13 maggio 2020 («[S]i la puissance publique accordait à la messe – ou à tout autre rassemblement religieux – une attention spéciale en fonction de son contenu et de son objet spécifiques, attention qui la placerait en position d'exception, cette puissance publique s'engagerait sur la voie de la reconnaissance d'une "utilité spirituelle"»).

¹¹³ Cfr. *Les cultes religieux face à l'épidémie de Covid-19 en France*, cit., 32 ss. (miei i corsivi). Nel documento si ricorda che, a differenza delle altre denominazioni confessionali, «les responsables catholiques se sont distingués par la revendication d'un traitement dérogoatoire, au nom du "besoin vital" que constituerait la pratique de la religion dans le cadre de cérémonies collectives».

ABSTRACT
2020
ANNIVERSARI

21 maggio 1870 – 21 maggio 2020 Una Costituzione da “fine impero”

The document, which commemorates the 150th anniversary of the French imperial constitution of 1870, illustrates its characteristics and the temporal situation in which it came to light, preceded by other acts of Napoleon III oriented in a liberal sense.

9 dicembre 1820 – 9 dicembre 2020 Una rivoluzione nata vecchia?

The document commemorates the 200th anniversary of the political constitution of the kingdom of the two Sicilies of 9 December 1820 and illustrates its characteristics and the temporal situation in which it came to light.

PARTE I
STUDI

ROBERTO DI MARIA

Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”. *The final cut*

The matter – very much complex – of the so called “end of life cases” or, more generally, “euthanasia” finally came to the attention of the Constitutional Court by the criminal jurisdiction, regarding the crime of «aid to suicide» (art. 580 c.p.).

Through the ord. 208/2018 – before – and the sent. 242/2019 – after – the Court declared partially illegitimate the aforesaid article, in relation to some rules of the l. n. 219/2017 regarding the “informed consent” and the “advance treatment provisions”. Aside from the merit of the constitutional question, what emerges is the completely new procedural conduct followed by the Court: in fact, with the ord. 208/2018 it has been delayed of one year the final decision, at the same time urging the Legislator to intervene in the aforesaid matter with a proper legislation, consequently recognizing rights and duties related to the institute of euthanasia. Since such warning has been ignored by the Legislator itself, the Court finally decided as above summarized. However, such conduct seems to stretch a little bit too much the recognized “sovereignty” of the Court on its trial; and seems to widen a little bit too much – as well – the judicial recognition of rights, even those “fundamental”, above the political one. So underlining the contemporary problem of the institutional (loyal) relationship between the Parliament and the Constitutional Court and, moreover, among the State Powers.

VINCENZO TIGANO

Il divieto di accanimento terapeutico nella sfera del diritto penale: obblighi di garanzia del medico, autodeterminazione del paziente e rischio consentito

The prohibition of therapeutic obstinacy in the scope of criminal law: medical duties, patient self-determination and permitted risk

The article aims to analyze how the prohibition of therapeutic obstinacy, provided by art. 2, para. 2, of the Law n° 219/2017, affects patient rights and medical duties, from the point of view of criminal law. The norm imposes an omissive behaviour on doctors and limits their duty to protect patient life, thus excluding that failure to prevent death-event can be equivalent to its causation, according to art. 40, para. 2, p.c. Art. 2, para. 2, performs also a precautionary function on patient’s psycho-physical health: by marking the difference between permitted risk and radically prohibited

risk in medicine, i.e. between therapeutic and non-therapeutic medical acts, the prohibition is identified as a precautionary abstention rule for doctors. Finally, the terms of a necessary reform of the law are outlined, by urging the legislator to avoid granting doctors too wide discretionary power and to give relevance back to patient will.

EDUARDO GIANFRANCESCO

L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano

The essay analyzes one of the most controversial themes in Italian recent constitutional studies: the “asymmetric clause” provided by the third paragraph of art. 116 of Constitution, as amended in 2001. This provision is sometimes considered by scholars (and in the public debate) as the “last resource” for regional autonomies and their vitality in Italy or a menace for the homogeneity – if not the surviving – of the unitary State. The essay attempts a more pragmatic approach to the theme, considered as an useful opportunity for the development of Italian regional system, if implemented within constitutional limits. In this perspective the essay applies to substantial (the reference of asymmetric clause to administrative and legislative competences of Regions and State) and procedural (the peculiar legislative process to activate the clause) problems of its implementation.

GUERINO FARES

L'obbligo di copertura finanziaria delle leggi che costano: qualche spunto alla luce del contributo offerto dalla Corte costituzionale

According to Article no. 81, par. 3, of the Italian Constitution, any law for the realization of which financial resources are required must indicate exactly the latter. This rule is often violated, however. The paper analyzes the main judgments of the Italian Constitutional Court, with particular reference to the so-called technical report, and then focuses the attention on the synergy between the constitutional jurisprudence and the contribution provided by the Court of Auditors through its jurisdiction to deal with public accounting matters.

COSTANZA MASCIOTTA

La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni

With judgment n. 242/2019 the Italian Constitutional Court declared constitutional illegitimacy of art. 580, criminal code, in the part where it punishes the aid to suicide lent to a patient affected by irreversible pathology, intolerable suffering and kept alive by life-support treatments, but fully capable of making free and informed decisions, as long as these requirements have been verified by a public structure of the NHS with the opinion of the Ethics Committee.

The essay aims at analyzing the “Cappato saga” starting from judgment n. 207/2018 through which the Constitutional Court postponed the hearing to give the Parliament a contingent time to legislate and dictated real “governing criteria” for future legislation.

Due to the inertia of the legislator with judgment n. 242/2019 the Constitutional Court decided to adopt an “additive procedure” ruling and recognized “the right to die quickly and with dignity”, setting the specific conditions for its exercise.

PASQUALE COSTANZO

Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari

The paper investigates the topic of the Italian constitutional revision “in itinere” to reduce the number of parliamentarians. The author highlights the constitutional problems of the reform although carried out by constitutional law

ANTONIO RUGGERI

Ancora in tema di abrogazioni per via referendaria di norme elettorali (nota minima a Corte cost. n. 10 del 2020)

The paper briefly examines the problems posed by the request for a referendum on the political electoral law proposed by the Regions and the reasons for its inadmissibility, particularly in light of the [decision of the Constitutional Court n. 10 of](#)

MARCO RUOTOLO

[Le incompatibilità nella gestione delle farmacie. Un piccolo omaggio a mio fratello Antonio \(in forma di nota alla sent. n. 11 del 2020\)](#)

The work addresses the issue of incompatibilities in the management of pharmacies addressed by the Constitutional Court with [sentence no. 11 of 2020](#). The solution offered by the Constitutional Court, already with acuteness proposed in the doctrine, is shared by the author, although with some technical reservations

ANNA GRAGNANI

[I «punti di contatto» fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritti costituzionali come «rapporti multipolari di diritto costituzionale» \(Sindacato «complessivo» di proporzionalità e «regola generale di preferenza» in funzione di monito preventivo al legislatore nella sentenza 160/2019 della Corte costituzionale\)](#)

In the light of [decision 160/2019](#) of the Constitutional Court, the paper focuses on the autonomy of the Italian sport legal order as a constitutional limit to the extent of the State legislation. On the basis of Santi Romano's theory of «plurality of legal orders» and of the theory of the «open constitutional State», the constitutional judge considers the conflicting connections between the issue of autonomy of the sport legal order and constitutional rights as a multipolar constitutional relationship. The paper also focuses on the proportionality test concerning multipolar constitutional relationships

GIANCARLO GUARINO

[Migrazioni e migranti: per la ricostruzione di una prevalenza strutturale del diritto internazionale sul diritto interno](#)

Taking the cue from the question of migrations, the contribution analyses the crucial question of the relations between international and national law, short of the kelsenian theory of the supremacy of international law, to ascertain in which measure the idea of the "intangibility" of National law, and in particular the fundamental principles of Constitutional law of the single States is really actual, as many scholars assert. One of the fundamental question therefore is: how the principle of the freedom of each man of abandoning one's own country (art. 12.2 International Covenant on Civil and Political Rights: "Everyone shall be free to leave any country, including his own") is compatible with the principle of sovereignty of States, to conclude that, being sovereignty an "Institute" of international law, is the same international law the sole having jurisdiction on the extent of the State-sovereignty

FEDERICO DEPRETIS

[Un caso di buon governo degli effetti temporali dell'incostituzionalità' \(a margine della sentenza n. 246 del 2019\)](#)

The aim of this paper is to enlighten how the Constitutional Court treated in several different occasions the procedures rules about the temporal effects of its decisions. Through the [decision number 246 of 2019](#), the Court decreed the ex nunc efficacy of its sentence, instead of the normal retroactive efficacy, in order to protect the acts of the extraordinary commissioner for the reconstruction in the territories affected by the earthquake. Specifically, in this case, the paper approves the choice of postponing the effects of the unconstitutionality as the Court made a responsible balance between the interests involved. In conclusion, it is argued that the Court is allowed to establish the temporal effects of its decisions independently, provided that it is done in a rigorous manner.

ANTONIO RUGGERI

[Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione \(con specifico riguardo al punto di vista della Consulta\)](#)

The study highlights that the political-institutional context, on the one hand, and scientific and technological development, on the other, leave marked signs both on the first and on the second part of the Constitution, only that the theoretical reflection seems to take them into account, adapting to them, as regards the substantial part, while the theoretical schemes relating to the organizational part are slow to update. Particular attention is paid to the role played by science and technology as regards the "invention" of new fundamental rights, as well as to the mutual aid that science and the Constitution give, testified by some well-known procedural events on the subject of beginning and end -life.

PASQUALE COSTANZO

Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0

Within the framework of the measures imposed by the epidemic crisis, the Constitutional Court proposes, on the one hand, not to stop his work and, on the other, to implement it with the due cautions. The opportunity is proving to be propitious for the modernization of the constitutional process by means of the telematic technologies.

ANTONIO RUGGERI

La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto

The paper argues the thesis according to which a moderate uncertainty of positive law is, even more than opportune, necessary in view of the optimal fulfillment of rights, especially those scientifically sensitive. In particular, both the certainties and the uncertainties deriving from the "dialogue" between the Courts are highlighted.

CARLO PADULA

Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge

In the light of decision 44/2020 of the Constitutional Court, the paper focuses on two different topics: first, the issue of the "double defect" of the law, because the challenged regional statute violated both the Constitution and a self-executing European directive, but the Court ruled on the merits of the constitutional issue although the judge could refuse to apply the law; secondly, the legitimacy of long residence requirements for access to public housing, because the Court invalidated the regional law insofar as it infringed art. 3 of the Constitution.

TANIA GROPPI

Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale

Professor Tania Groppi discusses with Marialaura Baldino, a student in Communication Sciences, the challenges of the Coronavirus emergency to the founding principles of the constitutional democracy. The interview is part of a series of lectures named "Virtual Studium. The Research on the Time of COVID", realised by the section "Cultural Activities Usiena Campus" of the University of Siena on its Instagram platform. According to professor Groppi, democracies cannot refer to the measures taken by non-democratic governments. They have all the legal tools to manage difficult situations as the actual one. The temporary nature, the proportionality and the respect of the rule of law must always be granted, also in times of emergency. She points out the challenges the new "global society of risk" raises to the national State and she asks for the improvement of the international cooperation, especially to strengthen the legal framework on "Global Health".

CHIARA GRAZIANI

Brexit, Regno Unito e Coronavirus: le questioni aperte

The present work analyses how the ongoing Coronavirus emergency is impacting on the negotiation of the Agreement on the new partnership between the European Union and the UK, after the latter formally left the European Union.

GIAN LUIGI GATTA

I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena

The present work analyzes how the pandemic regulatory management activity (and, in particular, the "quarantine"), in the perspective of emergency law, is face by the national legal system, not failing to compare said management with the experiences at the purpose developed in the common law systems, also on the light of the fundamental rights and freedoms put under tension.

ANTONIO RUGGERI

Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti

The paper argues that the current coronavirus emergency, while placing the institutions called to manage it under stress, does not seem - at least to this day - to compromise their stability. However, the crisis in the already endemically compromised system of legal sources is further aggravated. The thesis which requires a general rewriting of the constitutional canons relating to the sources themselves, with particular regard to emergency management, is further confirmed.

ANTONIO RUGGERI

Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina

The paper argues that the current coronavirus emergency, while placing the institutions called to manage it under stress, does not seem - at least to this day - to compromise their stability. However, the crisis in the already endemically compromised system of legal sources is further aggravated. The thesis which requires a general rewriting of the constitutional canons relating to the sources themselves, with particular regard to emergency management, is further confirmed.

ANGELO LICASTRO

Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia

This essay analyzes the limits on the freedom of public worship introduced by the Italian government because of the emergency caused by the contagious virus SARS-CoV-2.

PASQUALE COSTANZO

Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità

The article describes the organic law approved in France concerning the Conseil constitutionnel's constitutional review during the coronavirus epidemic period, paying attention to the problems of constitutional legitimacy raised by the same organic law.

PATRIZIA MAGARÒ

La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del COVID-19 (uno sguardo d'insieme)

The paper describes the impact of the coronavirus outbreak on the American judicial system, focusing on the U.S. Supreme Court and the measures adopted in order not to stop its work.

ANTONIO RUGGERI

La forma di governo nel tempo dell'emergenza

The paper supports the need for a constitutional discipline relating to the management of emergencies which reinforces the role of guarantee of the President of the Republic, providing for the control of the governmental acts adopted to deal with them and at the same time admitting the possible verification of the Constitutional Court.

ALESSANDRO LAURO

BIS IV "NIET" (a margine dell'ord. n. 60/2020 della Corte costituzionale)

A year after the ordonnance n. 17/2019, the Constitutional Court scrutinises for the second time the parliamentary procedure by which the 2020 State Budget was approved. In this decision, the Court excludes that Opposition parliamentary groups may file a petition acting as "powers of the State" to challenge the parliamentary procedure before the judge. The Court confirms, by contrast, that the abuse of parliamentary procedure can be contested by each member of Parliament. The Constitutional judges point out that only a very serious violation of the lawmakers' rights can lead to a declaration

of the unlawfulness of the Parliament Act. In order to verify that, the Court proceeds to check the balance between the MPs' rights enshrined by the Constitution and the needs and principles inherent to the State budget approval. In this case, the Court rules out that the procedure followed in the Chambers shows such an absence of balance justifying the judge's intervention .

RAFFAELE GARGIULO

Il processo costituzionale telematico: prospettive

The Constitutional Court has already addressed the electronic process relating to the regulation of the timing of PEC notifications in the civil trial. For some time now, the Court has been committed to studying the use of technologies for its own trial. The implementation of this type of process presupposes the preliminary modification of the regulatory rules. The study investigates the legal and technical profiles of the problem.

ANTONIO RUGGERI

Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto: un ossimoro costituzionale?

The paper argues the thesis according to which technology if, on the one hand, offers itself as a guarantee of rights and for the fulfillment of constitutional duties, on the other hand it acts as a factor of "constitutional distancing" and, therefore, of discrimination incompatible with the very essence of the rule of law.

FIAMMETTA SALMONI

Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Quantitative easing: un decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES

The paper comments on the sentence of the German Federal Constitutional Court which declared Germany's participation in the public sector purchase program, PSPP, implemented by the European Central Bank - ECB, partially unconstitutional. The paper discusses the current and future implications of the important decision.

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA

Il decreto legge anomalo nel sistema delle fonti

Reconstructing some ideas proposed in doctrine, the Author analyzes the emergency decree in the sources of law, applying the criteria for the resolution of antinomies. In the discussion, the Author compares the emergency decree with the ordinary law decree, governed by the art. 77 of Constitution.

GIANMARIA ALESSANDRO RUSCITTI

Libertà religiosa e governo del territorio: le linee guida della Consulta nella sentenza 254/2019

The article analyzes sentence no. 254/2019 of the Constitutional Court, underlining how in solving an urban planning problem, the Court takes the opportunity to reaffirm some fundamental points in the matter of constitutionally guaranteed freedom of religion.

ANGELO LICASTRO

La Messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa

This paper examines the effects on religious freedom of the containment measures introduced in France to combat the pandemic, in a comparative perspective with the Italian legal framework. To do so, it takes as a starting point the decision of the French Council of State of May 18, 2020, that imposed to the Government to remove the general and absolute ban on gatherings in places of worship and to establish measures which are strictly proportionate to the health risks.

FRANCESCO DAL CANTO

Il giudizio in via principale nella novella delle Norme integrative del gennaio 2020

The essay examines the reform of the Supplementary rules for judgments before the Constitutional Court from the peculiar perspective of the judgment on the law promoted directly. The latter, in

particular, has not been affected by this reform so that it is not possible today to envisage a change in the case law so far characterized by an intransigent closure of the adversarial in this process.

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA

L'ordinanza n. 84 del 2020 della Corte costituzionale: note processuali su una pronuncia di altri tempi

The conflict of powers features some critical aspects. One of these is the legal standing. The Author analyzes this current issue in a recent decision, identifying two problematic profiles.

MARINA ROMA

Tendenze della giurisprudenza costituzionale sulla regola di copertura finanziaria delle leggi. Tra equilibrio di bilancio e "ragionevole" quantificazione degli oneri

The conflict of powers features some critical aspects. One of these is the legal standing. The Author analyzes this current issue in a recent decision, identifying two problematic profiles.

CHIARA GRAZIANI

Libertà di culto e pandemia (Covid-19): la Corte Suprema degli Stati Uniti divisa

*This work examines the decision of the U.S. Supreme Court *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Gavin Newsome, Governor of California et al.*, 590 U.S. (2020), dealing with the balance between freedom of worship and the protection of public health during the Covid-19 pandemic. The analysis also takes into consideration the case law of other U.S. courts on the same topic as well as a brief comparative overview on how courts of other jurisdictions decided similar cases during the ongoing public health emergency.*

EUGENIO DE MARCO

Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus

The essay examines the impact of situations of extraordinary health emergency on different constitutional rights. In particular, the measures taken by the Italian system in the face of the situation caused by the pandemic by "covid-19" are analysed. First of all, surveys are moved on the different ways in which the state and the regions intervened in the phase of greater virulence of the pandemic. In addition, questions are raised about the conciliation of interventional measures adopted with constitutionally guaranteed rights until they are sometimes temporarily suspended. It concludes by noting reasonableness the fundamental criterion capable of justifying limited interventions in the exercise of fundamental rights.

LUIGI VENTURA

Diritto e fatti

The paper examines several questions posed by the relationship between politics and law, highlighting the numerous aporias in a constitutional perspective.

MATTEO BURSI

La sentenza del BVerfG sul Public Sector Purchase Programme: un'Europa sempre più difficile

*The aim of this paper is to analyze the sentence of the Bundesverfassungsgericht on the Public Sector Purchase Programme (PSPP), adopting a perspective which combines law, economics and history. In this sense, initially, the focus will be addressed toward the "european path" of the German Constitutional Court since the case *Solange* to the most recent pronunciations about the initiatives implemented by the European Central Bank. Subsequently the article will deepen the possible consequences of the 5 May judgement while, further, there will be a consideration about the tasks, and the ideological base, of the Frankfurt's institute. Finally, we will suggest a reflection on the overall german approach to the European Union, trying to understand what role this country is ready to play in the forthcoming continental scenario.*

ANTONIO RUGGERI

Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)

The paper notes a recent decision of the Constitutional Court, n. 132 of 2020, which reproduces, albeit with more measured and cautious tones, the pattern already experimented in the well-known Cappato cas

PAOLO ZUDDAS

Pregiudizi digitali e principio di precauzione

The investigation examines the possibility of transposing the precautionary principle - in its various forms - from the original fields in which it developed, to the Artificial Intelligence sector. In particular, the principle will be applied to the complex problems posed by using machine learning systems to make decisions, faced with the risk that such tools produce selective decisions.

The application of the precautionary principle to machine learning technologies can help answer questions such as: when it is advisable not to adopt artificial intelligence; when it is deemed possible to use it, within what limits and with how much caution; what are the responsibilities to be stressed in this area and on which subjects they fall.

VINCENZO BALDINI

L'emergenza costituzionale alla luce degli interrogativi kantiani. Una prospettiva di metodo per l'analisi dell'esperienza

This work tends to analyze the experience of the health emergency in the light of the three Kantian questions trying, for each of them, to provide an answer, in a problematic form, up to determining some lines of possible developments of the political debate connected to rational expectations that emerge from the above experience.

GIUSEPPE CAMPANELLI

Carta sociale europea e CEDU: rapporto tra parametri e puntualizzazione delle differenze

This paper aims to analyze the relationship between the European Social Charter and the ECHR, starting from the recent jurisprudence of the Constitutional Court. Specifically, the study focuses on the difference in the application of these sources, mainly due to a not identical qualification of the parameters, and provides several perspectives on the role of the Constitutional Court.

SIMONE SCAGLIARINI – ROBERTO PINARDI

La durata del processo della Corte nei conflitti tra poteri dello Stato: spunti e riflessioni a partire da una ricerca empirica.

The aim of this paper is to analyze the length's trend of the processes handled by the Constitutional Court, in the period among 1956 and 2019, addressing the focus on the conflicts between the different powers of the State. In this sense, the framework highlights that the Consulta has a wide discretion in time management, situation that, in abstract, could be considered as a defensive tool used to protect its legitimation in the overall system while, actually, represents a matter which overexposes the Constitutional Court to political issues (referring, in particular, to the cases in which the judges exploit the rules with self-assurance). This condition, that currently is largely in-use, is quite far from the model designed by the Constitution and generates risks that require a cautious evaluation. Court.

SILVIO GAMBINO

Quale centralità del Parlamento se si procedesse al taglio del numero dei parlamentari?

What centrality of Parliament if we proceeded to reduce the number of parliamentarians?

The paper addresses the issues related to the constitutional referendum of 20 and 21 September 2020, juxtaposing the reasons for yes and no to the reduction in the number of parliamentarians. The conclusion links this possible outcome to the mortification of representative democracy as it would tend to expel minorities and negatively influence democracy as an expression of pluralism and conflict.

ROBERTO PINARDI

Conflitto tra poteri e referendum confermativo: alcune annotazioni critiche sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 195 del 2020

The order n. 195 of 2020 represents the first case in which the Constitutional Court ruled on a conflict between powers raised by the promoters of a referendum pursuant to art. 138 of the Constitution. The paper analyzes the arguments of the Court highlighting omissions and errors. These, in the author's opinion, are generated by the fact that the Constitutional Court proceeds either from the uncritical overlap or from the apodictic differentiation between the case in question and the previous jurisprudence on the subject of conflicts raised in the occasion of abrogative referendums.

EUGENIO DE MARCO

Riduzione del numero dei parlamentari e riforma del sistema elettorale. Qualche considerazione su un abbinamento contrassegnato da criticità

The paper addresses the issue of the reduction in the number of parliamentarians determined by the proposed constitutional revision already approved by the two Chambers, also discussing the project to return to the proportional electoral system according to the German model. The criticalities of the two reforms are highlighted, as well as the risk of a democratic regression deriving from the combination of the two reforms.

ANTONIO RUGGERI

Il processo costituzionale nel pensiero di P. Carrozza e nei più recenti e salienti sviluppi dell'esperienza

Taking its cue from the revision that led to the reduction in the number of parliamentarians, the document questions the possibility that the laws amending the Constitution are flawed because they are excessively precise and limited in scope, not concerning - as would be necessary - provisions related to those specifically innovated. The age-old question relating to the failure to reach the quorum for the validity of the referendum is therefore reconsidered, as a result of which the fate of changes, even of considerable importance, may depend on the will expressed by a small portion of the electoral body. Finally, it is noted that in today's circumstances an instrumental and conjunctural use has been made of the Constitution.

ANTONIO RUGGERI

Note minime in tema di revisioni costituzionali ad oggetto eccessivamente circoscritto (traendo spunto dal "taglio" dei parlamentari)

Taking its cue from the revision that led to the reduction in the number of parliamentarians, the document questions the possibility that the laws amending the Constitution are flawed because they are excessively precise and limited in scope, not concerning - as would be necessary - provisions related to those specifically innovated. The age-old question relating to the failure to reach the quorum for the validity of the referendum is therefore reconsidered, as a result of which the fate of changes, even of considerable importance, may depend on the will expressed by a small portion of the electoral body. Finally, it is noted that in today's circumstances an instrumental and conjunctural use has been made of the Constitution.

ROBERTO ROMBOLI

L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano

After having illustrated the constitutional provisions and the civil protection code, the essay examines the emergency legislation approved to deal with Covid-19, in Italy. Therefore, the impact of the pandemic is highlighted both on the system of sources of law and on the form of government with the protagonism and centralization of powers in the executive and the difficulties for the regular functioning of the chambers. Other important points of the study concern the conduct of judgments before the Constitutional Court and the common judges during the emergency from Covid-19, as well

as the impact of the pandemic on relations between the central state and territorial autonomies. Finally, a particular attention is pay to the impact of the pandemic on fundamental rights.

ALESSANDRA MAZZOLA

Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”

After two years since the Cappato case ordinance, the Constitutional Court returns to use the (unpublished) procedural technique of the established but undeclared order of unconstitutionality. The contribution aims to analyse the connections and the differences between Ordinance Nr. 207 of 2018 and Nr. 132 of 2020. Finally, the Author wonders about the consequences that might be caused by the use of these types of orders by the Constitutional Court, with a reflection on the risk of "politicization" of the Court itself.

ANTONIO RUGGERI

Ancora su Cappato e la progettazione legislativa volta a dare seguito alle indicazioni della Consulta

The paper, after having made some critical notes on the sentences of the Constitutional Court on the well-known Cappato case, investigates the aspect of exceeding the limit of the discretionary power of the legislator. Especially, the author notes that the legislative discipline of the events of the beginning and end of life should take place by means of constitutional laws. Therefore it challenges the thesis aimed at recognizing the existence of a constitutional right to suicide, giving itself insurmountable limits to the self-determination of the person and making it improper that safeguarding the dignity of the person is evoked in the field, understood by many in a purely subjective sense. Finally, it insists on the need to maintain the right to conscientious objection of healthcare in the future legislative discipline of the matter.

FULVIO GIGLIOTTI

Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura e permanenza in carica. Le ragioni (esclusivamente tecniche) di un voto

The paper examines the so-called "Davigo judgement": in particular, the issue concerning the supervening termination of membership in the judicial order of a member of the Italian Consiglio Superiore della Magistratura (C.S.M.), due to his retirement in reason to age limits (if the turning seventy necessarily entails his forfeiture from the held office). The author takes the positive position, considering critically the theses contrary to the maintenance of the mandate.

ROBERTO CONTI

CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti

The Autor describes the relations between the ECHR and the EU Charter of Fundamental Rights, following an idea of substantial equality of their weight. The paper wants to support the important role of national judges in the system of protection of human rights in a perspective that looks to different Charters as documents having the same constitutional value.

ROSSANA CARIDÀ

Notazioni minime su amici curiae ed esperti nel processo costituzionale

The paper examines the provisions about the amicus curiae and intervention of experts in the judgment of the Constitutional Court, recently introduced in the Supplementary Rules for Judgments before the Constitutional Court. The issue is addressed in relation to the investigative powers of the Court, highlighting that the Court's judgment is increasingly conditioned by the knowledge of economic, scientific and social facts for the acquisition of which the contribution of external subjects may be useful.

ANTONIO RUGGERI

Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)

The paper highlights the parable of the law in the evolution from the liberal to the contemporary state, focusing on the reasons that led to the affirmation of systematic frameworks of formal-abstract inspiration. Therefore in order to optimally safeguard fundamental rights it is necessary to move from a system of sources to a system of norms, in the name of the fundamental canon of maximum protection of the rights themselves, and, consequently, from a formal perspective to axiological-substantial perspective in the observation of the most salient experiences of legislation. Finally, the need to reinvigorate the role of both the legislator and the judges is highlighted, questioning the solutions to the purpose that are profitably practicable.

DANIELE CASANOVA

L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale

The Constitutional Court, with its ruling n. 132/2020, postponed until the 22 of June 2021 the valuation about the fact that the prison sentence is applied as a punishment for libel. In the article, the author sets the libel in the framework of the Italian legal system and recalls the jurisprudence of the European Court of Human Rights. At the end, the author analyses the reasons that led the Constitutional Court to issue the ruling and the relationship between Parliament and the Constitutional Court in relation to this new decisional technique.

MASSIMILIANO MEZZANOTTE - ALESSANDRO RIOSARIO RIZZA

La trasfigurazione del diritto all'oblio

The Court of Cassation returns to rule, with a monumental order, on the right to be forgotten on the web. The contribution highlights two critical profil

MARIA AGOSTINA CABIDDU

CSM e decadenza: tra interpretazione e riscrittura della Costituzione

The essay critically analyses the decision of the Italian Superior Counsel for Judicial Officers (Consiglio Superiore della Magistratura – CSM) regarding the termination of one of its members due to his (mandatory) retirement from judicial office. The author focuses in particular on the identification of the nature and function of the Counsel according to the relevant provisions of the Italian Constitution. In light of this approach, the CSM's decision appears ultimately in conflict with the constitutional purpose of the Counsel itself, which is to safeguard and guarantee the general interest in relation to the judicial power rather than to represent and manage the interests of the judicial officers.

TANIA GROPPI

Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale

The article deals with the challenges that artificial intelligence poses to the pillars of the constitutional State: the popular sovereignty and the constitutional rule of law, considering that this outstanding progress of humanity must be regulated to limit its negative consequences. In particular, it is considered necessary to work so that the principles of constitutionalism can affect common sense, becoming part of the heritage of all, including the protagonists of science and technology, who are continually asked to choose in which direction to direct their researches and activities.

ANTONIO RUGGERI

Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19

The article analyses the Supreme Court of Cassation's reference for a preliminary ruling No. 19598 of 2020. The article focuses on the first and more important question, whereby the Joint Chambers – in open contrast with Judgment No. 6 of 2018 of the Italian Constitutional Court – asked the Court

of Justice of the European Union to verify the compatibility of Article 111(8) of the Constitution with Union law. According to said constitutional provision, decisions of the Council of State and of the Court of Auditors can be appealed to the Supreme Court of Cassation “only for reasons of jurisdiction” (and not, therefore, for errores in iudicando or errores in procedendo). This expresses a deliberate choice to consolidate the pluralistic organization of jurisdictions in existence for over a century, an arrangement that constitutes a foundational and fundamental trait of Italian justice.

PIER LUIGI TOMAIUOLI

[Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica \(nota a Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598\)](#)

The article analyses the Supreme Court of Cassation’s reference for a preliminary ruling No. 19598 of 2020. The article focuses on the first and more important question, whereby the Joint Chambers – in open contrast with Judgment No. 6 of 2018 of the Italian Constitutional Court – asked the Court of Justice of the European Union to verify the compatibility of Article 111(8) of the Constitution with Union law. According to said constitutional provision, decisions of the Council of State and of the Court of Auditors can be appealed to the Supreme Court of Cassation “only for reasons of jurisdiction” (and not, therefore, for errores in iudicando or errores in procedendo). This expresses a deliberate choice to consolidate the pluralistic organization of jurisdictions in existence for over a century, an arrangement that constitutes a foundational and fundamental trait of Italian justice.

ALESSANDRA PROZZO

[L’estensione oggettiva e soggettiva del conflitto di attribuzioni tra enti: la sindacabilità degli atti degli ordini professionali e l’ammissibilità del loro intervento nel giudizio innanzi alla Corte costituzionale](#)

In the last few years, the features of the objective and subjective elements of the conflicts of attribution between the State and the Regions have changed as a result of the jurisprudence of the Constitutional Court which widened the range of enactments that can be challenged before it. The Court in its decision no. 259/2019 annulled an act adopted by a professional order and allowed its intervention in the trial. The paper analyzes the critical aspects of this decision.

PATRIZIA VIPIANA

[La critica mancanza, nel regolamento della Camera, di una disciplina sul seguito dell’iniziativa legislativa popolare](#)

The short essay points out the importance that popular initiative of laws is followed by a timely examination in Parliament (who may decide to approve them or not); then the essay illustrates the provisions about this topic contained only in the internal regulation of the Senate of the Republic: in order to eliminate the difference between the regulations of the two Parliamentary Assemblies, the author suggests that also the internal regulation of the Chamber of Deputies should provide about the mentioned topic.

GIULIA SULPIZI

[Donne e rappresentanza politica: la prospettiva comparata per valorizzare la differenza di genere](#)

As history teaches us, both social and institutional changes have given women the right to participate in politics. Nevertheless, discrimination based on sex – regarding the access to public office – still remains a dreadful problem, common to contemporary democracies. In order to solve this particular issue, the so called positive actions have been introduced. Unfortunately, this means cannot be considered as sufficient: for this reason, comparing different legal systems is the principal method and the only way to guarantee equality in nowadays Italy. Through it, we manage to

understand the importance of local entities and of the constitutional justices' work, in order to educate the whole society valuing the new idea of "gender citizenship".

ANGELO LICASTRO

Annotazioni sugli standard di tutela della libertà di culto nella seconda fase di gestione della pandemia (spunti per una comparazione tra Italia, Francia e Stati Uniti d'America)

In the current pandemic crisis, after overcoming the initial uncertainty phase, Governements should adopt policies that more carefully account for the protection of all constitutional rights. This essay assesses the current standards of protection of freedom of public worship in Italy, the United States and France, in the light of developments in emergency legislation and recent case la

2020